

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Romano



TESIS DOCTORAL

**Arrendamiento, "aestimatio" y compraventa en Gayo,
III, 146**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Fernando J. Gómez-Carbajo de Viedma

Madrid, 2015

R.D. 135949

TE
1.326



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5313830790

ARRENDAMIENTO, "AESTIMATIO" Y COMPRAVENTA

EN GAYO, III, 146

Tesis que presenta

FERNANDO J. GOMEZ-CARBAJO DE VIEDMA,

Licenciado en Derecho,

para optar al grado de Doctor

por la Universidad Complutense (Madrid)

Director: Prof. Dr.

D. Ursicino Alvarez Suárez

MADRID, 1978



I N D I C E

ABREVIATURAS V

CAPITULO I. Importancia del Tema. El texto y sus problemas.

1.	1
2. La indeterminación en la causa de la <u>traditio</u> ...	4
3. La calificación	13
4. La calificación como arrendamiento.	15
5. La calificación como compraventa	16
5.1. El problema de la idoneidad del objeto	
5.1.1.1. El problema de la idoneidad de los gladiadores muertos para ser objeto de una compraventa	16
5.1.1.2. Carácter no comerciable del cadáver humano en el derecho romano	20
5.1.1.3. La retroactividad de la condición como expediente para salvar el obstáculo del carácter no comerciable del cadáver humano	40
5.1.2. La idoneidad de los <u>auctorati</u> ...	79
5.1.3. La idoneidad de otras clases de gladiadores...	80

5.2. Consideraciones sobre los gladiadores que resulten <u>debilitati</u>	81
6. El planteamiento gayano	85
7. La Genuinidad de Gayo, 3,146	96
8. Interpretaciones del texto	107
CAPITULO II. Bases para nuestra interpretación del texto: La finalidad del convenio. La exposición gayana sobre el arrendamiento y la compraventa en general... ..	
	137
CAPITULO III. La interpretación de Gayo 3,146 que juzgamos más adecuada. Problemas que entraña:	
1. El problema de la calificación	160
1.1. La calificación como compraventa.	
1.1.1.	161
1.1.2. La compraventa de las <u>res sacrae, religiosae, publicae</u>	164
1.1.3. La compraventa del <u>homo liber</u>	172
1.1.4. La <u>aestimatio</u>	184
1.1.4.1. La <u>aestimatio</u> en la doctrina ..	184
1.1.4.2. Aspectos de la <u>aestimatio</u> que = aquí interesan	187
1.1.4.3. Analogía de Gayo 3,146 con Dig. 19,2,3, y examen especial de = éste último... ..	188
1.1.4.3.1. Consideraciones sobre la = venta del <u>instrumentum fundi</u> . Posiciones doctrinales a este respecto... ..	190
1.1.4.3.2. La remisión de Dig. 19,2,3, al régimen de la dote estimada... ..	205

- III -

1.1.4.4.	La calificación de la <u>aestimatio dotis</u> como <u>vera venditio</u> por la jurisprudencia romana clásica. El problema de la genuinidad de Dig., 23, 3, 10, 4 y 5 ...	209
1.1.4.4.1.	Las posiciones contrarias a la = genuinidad ...	213
1.1.4.4.2.	Otras razones a favor de la genuinidad ...	241
1.1.4.5.	Aplicación de las conclusiones anteriores a la <u>emptio venditio</u> mencionada en Dig., 19, 2, 3 ...	250
1.1.4.6.	Peculiaridades de la <u>emptio venditio</u> = en que consiste la <u>aestimatio</u> ...	251
1.1.4.6.1.	La atribución del riesgo como finalidad primordial de la <u>aestimatio</u> .	253
1.1.4.6.2.	La peculiar atribución del riesgo en que consiste la <u>aestimatio</u> = como causa determinante de la calificación como compraventa ...	265
1.1.4.6.3.	La acción adecuada para hacer valer los derechos y obligaciones = derivados de la <u>aestimatio</u> ...	273
1.1.4.6.4.	Estructura de la voluntad contractual en los casos en que interviene una <u>aestimatio</u> ...	277
1.1.4.6.5.	Otras anomalías de la compraventa en que consiste la <u>aestimatio</u> ...	282
1.1.4.6.6.	Consideración global sobre la <u>aestimatio</u> ...	286
1.1.4.7.	El objeto de la compraventa en que consiste la <u>aestimatio</u> . Analogía con = Gayo, 3, 146 ...	290
1.1.4.8.	Consideraciones sobre la relación existente entre la <u>aestimatio</u> y Gayo, 3, 146.	293
2.	El problema de la condición	
2.1.	Aspecto doctrinal ...	314

2.2. Consideraciones textuales	332
2.3. La naturaleza de la referencia al resultado de los juegos. Consecuencias.	340
3. Interpretación del mecanismo jurídico de la cali- ficación jurisprudencial	347
4. El inciso final <u>iam-possint</u>	365
5. Sentido del problema planteado en el texto	395
CONCLUSIONES	431
NOTAS... ..	447
INDICE DE FUENTES	528
BIBLIOGRAFIA CITADA	537

ABREVIATURAS

- Atti Verona :Atti del Congresso Internazionale di
Diritto Romano e di Storia del Diritto;
Verona, 1948 (4 vols. Milán, 1953).
- AHDE :Anuario de Historia del Derecho Español.
(Madrid).
- ALBERTARIO, Studi :ALBERTARIO, Studi di Diritto Romano,
Milán, Vol. I (1933), II (1941), III
(1936), IV (1940), V (1937), VI (1953).
- An. Macerata :Annali della R. Università di Macerata
- An. Palermo :Annali del Seminario giuridico della
R. Università di Palermo.
- HEIMBACH : Basilicorum Libri LX., Lipsiae, desde
1833.
- BIDR. :Bullettino dell'Istituto di Diritto
Romano (Roma)

- CIL. : Corpus Inscriptionum Latinarum (Berlín)
- CLJ. : Cambridge Law Journal (Londres).
- EdD. : Enciclopedia del Diritto, Milán (desde 1958).
- FIRA. : Fontes Iuris Romani Anteiustiniani,
3 vols., Florencia, I y II, 1968, III,
1969.
- Ind. Itp. : Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur., Weimar, I, (1929), II (1931), III (1935), Suppl., (1929).
- Ind. Itp. Cod. : Index Interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur, Köln-Wien, 1969.
- IURA : IURA, Rivista Internazionale di Diritto romano e antico. (Nápoles).
- KASER, RPR. : KASER, M., Das Römische Privatrecht, I. München, 1971.
- LABEO : LABEO, Rassegna di Diritto Romano (Nápoles).
- NNDI : Novissimo Digesto Italiano, Turín (desde 1957).

- P-W. : Pauly's Realencyclopädie der Alter-
tumswissenschaft; neue Bearb. von G.
WISSOWA, W. KROLL, K. MITTELHAUS y
K. ZIEGLER (Stuttgart).
- REA. : Révue des Etudes Anciennes (Bordeaux)
- RIL. : Rendiconti dell'Istituto Lombardo per
Scienze e Lettere (Milán).
- RIDA. : Révue Internationale des Droits de l'
Antiquité (Bruselas).
- RH. : Révue Historique de Droit Français et
Etranger (Paris)
- SDHI. : Studia et documenta Historiae et Iuris
(Roma).
- St. Albertario : Studi in memoria di Emilio Albertario,
2 vols., Milán, 1953.
- St. Arangio-Ruiz : Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz,
4 vols. Nápoles, 1953.
- St. Betti : Studi in onore di Emilio Betti, 5 vols.
Milán, 1962.
- St. Biondi : Studi in onore di Biondo Biondi, 4 vols.
Milán, 1965.

- St. Bonfante : Studi in onore di Pietro Bonfante,
4 vols., Milán, 1930.
- St. de Francischi : Studi in onore di Pietro de Francisci,
4 vols., Milán, 1956.
- St. Volt. y
- St. Volterra : Studi in onore di Edoardo Volterra,
Milán, 1970 y años sucesivos.
- ZSS. : Zeitschrift der Savigny Stiftung für
Rechtsgeschichte. Romanist-ische Ab-
teilung.
- VIR. : Vocabularium Iurisprudentiae Romanae,
Berlín, desde 1894.
-

C A P I T U L O I

IMPORTANCIA DEL TEMA. EL TEXTO Y SUS PROBLEMAS.

I. IMPORTANCIA DEL TEMA. EL TEXTO Y SUS PROBLEMAS.

1.

El fragmento 146 del libro III de las Instituciones de Gayo:

"Item quaeritur si gladiatores ea lege =
tibi tradiderim ut in singulos qui inte==
gri exierint pro sudore denarii XX mihi =
darentur, in eos vero singulos qui occisi
aut debilitati fuerint denarii mille, qua
eritur, utrum emptio et venditio an loca-
tio et conductio contrahatur. Et magis =
placuit eorum qui integri exierint loca==
tionem et conductionem contractam videri,
at eorum qui occisi aut debilitati sunt =
emptionem et venditionem esse; idque ex =
accidentibus apparet tamquam sub condicio
ne facta cuiusque venditione an locatione.
Iam enim non dubitatur, quin sub condicio
ne res venire aut locari possint",

ha venido siendo objeto de constante estudio desde la =
época de MOMMSEN (1) hasta nuestros días. El tema, en =
efecto, aparte de los estudios monográficos a él consa==
grados y de las obligadas referencias en los comentarios
de conjunto a la Instituta gayana, ha sido tratado en las

más diversas sedes: desde la de atribución y soportamien-
to del riesgo, hasta la de interpretación de los nego-
cios jurídicos, pasando por las de retroactividad de la
condición, locatio-conductio, emptio-venditio, etc., etc.,
a más de multitud de alusiones en el texto o en notas a
pie de página en manuales, tratados, obras generales y =
otras publicaciones científicas (2). A pesar de ello, =
el enigma planteado a la ciencia romanística en este ==
fragmento no parece haber sido resuelto de manera plena-
mente satisfactoria y frente a la calificación de "little
problem" que le diera DE ZULUETA (3), siguen siendo de =
actualidad las palabras que VOLTERRA dedicara a la solu-
ción dada por Gayo en este texto, (considerado por PRI-
CHARD (4) como un "academic puzzle": "ha suscitato per-
plessità fra gli studiosi moderni" (5).

Y se comprende esta perplejidad si se tienen en
cuenta las múltiples y complejas cuestiones implicadas en
esa alternativa aparentemente inocente (6) ofrecida en la
solución que Gayo nos transmite, y que viene introducida
por un "magis placuit", del que también se ha afirmado =
(7) que tanto puede querer indicar que esa fuera la opo-
nión comúnmente admitida (con el mismo valor que el "ple-
risque placuit" de 3, 147), interpretación que parece ==
la adecuada, como que fuera la propugnada por la escuela
sabiniana, a la que Gayo, como es sabido, se declara per-
teneciente.

2.- La indeterminación en la causa de la traditio.

En efecto, Gayo nos enfrenta con una tradiitio cuya causa permanece aún indeterminada en el momento de realizarse. Una de las partes, presumiblemente un lanista, entrega a la otra, presumiblemente, también, un ciudadano particular que quiere organizar unos juegos gladiatorios, un número indeterminado de gladiadores; y a esta tradiitio de los gladiadores se añade un convenio = por virtud del cual la tradiitio se realiza en cumplimiento de un contrato cuya naturaleza, sin embargo, se hace depender de las contingencias del juego gladiatorio a = que se destinan los gladiadores entregados y que, por = tanto, se ignora, hasta el momento en que terminen dichos juegos, pues sólo entonces podrá saberse si cada uno de los gladiadores ha resultado muerto, lesionado, o ileso. La tradiitio se efectúa, pues, en cumplimiento de un contrato ... que no se sabe cuál es; y aún se podría decir más: en cumplimiento de un contrato que no existe, pues, al decir del propio Gayo, sólo después del juego gladiatorio ("ex accidentibus") "apparet ... facta cuiusque = venditione an locatione". Se ignoran, pues, las obligaciones del tradens (¿venditor?, ¿locator?) y del 'accipiens (¿emptor?, ¿conductor?) y el concepto en que éste tiene en su poder a los gladiadores recibidos. Si la relación se hubiera calificado desde el primer momento co-



mo arrendamiento, el accipiens sería solamente detentador; si como compraventa, el accipiens sería propietario bonitario de los gladiadores (en cuanto comprador a quien por simple traditio se ha transmitido una res Mancipi, = al menos en el caso de que los gladiadores entregados fueran esclavos) y estaría, por tanto, asistido de la acción publiciana. Sería posible, además, determinar las obligaciones recíprocas del tradens (lanista) y del accipiens (organizador de los juegos).

Pero, tal como nos presenta el caso Gayo, nada de esto aparece determinado. El fragmento nos plantea = una situación en la que, de momento, sólo existe como hecho cierto una traditio, una simple entrega de gladiadores, permaneciendo en la incertidumbre la causa a que = dicha traditio obedece. Ya se ha dicho (8) que "la tradición es un hecho en sí mismo incoloro y equívoco, que = puede servir para realizar fines múltiples". Y en el caso planteado en el fragmento que aquí se estudia, la indeterminación de la causa a que la traditio obedece, = traslada ese carácter incoloro y equívoco que la traditio tiene en sí misma a la situación por ella creada entre el lanista y el organizador de los juegos. Ciertamente que, para decirlo con palabras de GROSSO, "l'evento = posteriore spiega, dunque, il carattere della precedente traditio, se sià avvenuta locationis causa o venditionis causa" (9), pero es evidente que, hasta que ese even

to posterior no se produzca, el carácter, o mejor, la causa, de la precedente traditio sigue indeterminada y con = ella la respectiva situación del tradens y del accipiens, porque, según se desprende del texto gayano, con la entrega de los gladiadores sólo se ha producido una situación de facto, consistente en que, de hecho, ellos han pasado de estar en poder del lanista a estar en poder del = organizador de los juegos; pero los respectivos derechos y obligaciones de éstos últimos, así como el concepto en que el accipiens los "tiene", sólo quedarán establecidos con el resultado de las contingencias del juego gladiatorio ("ex accidentibus").

La incertidumbre de la situación a que da lugar semejante estado de cosas, lleva a plantearse la cuestión de la protección procesal de que podría disfrutar cada = una de las partes frente a la otra mientras la naturaleza del contrato realizado no haya sido puesta de manifiesto y el ius civile no otorgue a una de ellas la actio empti o la actio conducti y a la otra la actio venditi o la = actio locati. BESELER lo ha hecho, enunciando una serie de supuestos que, a todas luces, reclaman una protección, y la reclaman con anterioridad al momento de la celebración de los juegos, es decir, con anterioridad al momento en que la condición de cada una de las partes quedará de finida con arreglo al ius civile, según la sentencia ju-

risprudencial que Gayo nos transmite: "¿Como, pues, cuando antes de la lucha uno de los gladiadores vuelve de nuevo al poder del propietario; o cuando el propietario se encuentra a uno de los gladiadores en la calle antes de la lucha y mediante una paliza lo deja inútil; o cuando uno de los gladiadores va a parar antes de la lucha a manos de un tercero y el propietario se niega a vindicar?" (10). Para todos estos supuestos BESELER piensa en la concesión de una actio in factum cuya demonstratio estaría concebida en los siguientes términos: "quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem Stichum aut conduxit aut emit, quidquid..." con la praescriptio "ea res agatur de homine Sticho tradendo" en los casos primero y tercero (11).

La doctrina se ha manifestado en general contra esta fórmula propuesta por BESELER.

Así, ARANGIO-RUIZ (12) la califica de absurda y cree que ningún pretor la hubiera concedido. Sostiene, en cambio que es fácil pensar en la utilización de la actio ex conducto para la protección de los intereses del organizador de los juegos para el supuesto de que el lanista no proporcione los gladiadores dentro del plazo fijado. Entiendo que la expresión empleada por ARANGIO ("se ... il lanista non presentava la promessa 'équipe'")

debe ampliarse hasta abarcar todo el contenido de la obligación del locator rei de "facilitar el libre goce -y sin vicios- de la cosa, según su actual y propio destino" (13), pues en el supuesto descrito en Gayo, 3, 146 la entrega = de los gladiadores ya se ha realizado y sólo cabe que el presunto locator impida el uso de la misma de algún otro modo, como sucede, por ejemplo, en los casos de las preguntas formuladas por BESELER. Por lo demás, el profesor italiano se refiere después a las acciones que competirían al lanista (ex conducto o ex vendito, según los casos) luego de terminados los juegos gladiatorios.

En el mismo sentido, se manifiesta THOMAS (14) partidario de la concesión al organizador de los juegos de la acción de arrendamiento, negando que las objeciones de BESELER tengan un fundamento real y apoyando su postura con las siguientes palabras: "But, with the practicality which, it is claimed, underlies the decision, = and if, as urged, the rationalisation be Gaius's own - can one really doubt that, until the games have been = held and the outcome is known, the contract will be treated as a hiring of gladiators and the impresario have = the actio conducti?"

Finalmente PRICHARD (15) (que se refiere al estudio de BESELER a través de la cita que del mismo hace DE ZULUETA (16)) adopta frente al problema una postura interesante, porque en el razonamiento con que la defiende =

expone abiertamente el fundamento implícito que late en el fondo de las posiciones de ARANGIO y de THOMAS. Dice, en efecto, PRICHARD que, después de todo, la primera finalidad del contrato es el combate (17) y que, como la condición para la venta no se ha cumplido, tiene, entonces, que tratarse de un caso de arrendamiento. Piensa que esta solución puede parecer especiosa desde el punto de vista del análisis lógico, pero cree que es la que proporciona un resultado más viable en la práctica y que permite eludir el recurso a la actio in factum, que estima como siempre poco satisfactoria y en este caso casi improbable (18).

En esta posición de PRICHARD hay dos aspectos que merece la pena destacar: en primer lugar, su negativa manifiesta a recurrir a una actio in factum, que, a propósito de otro problema, ha calificado como "una de las que nunca fallan a los estudiosos" (19); y, en segundo lugar, su inclinación por la protección ab initio, incluso antes de la celebración de los juegos, mediante la actio conducti, lo que, a pesar de sus afirmaciones, en el fondo contradictorias, implica una decidida toma de postura sobre la naturaleza de la relación contractual existente entre las partes. El autor contempla (20) la posibilidad de que la relación existente entre el lanista

y el organizador de los juegos consista en una relación básica de arrendamiento, al que se haya unido un pactum adiectum tendente a transformarla en compraventa para el caso de muerte o lisiamiento de los gladiadores y se ha pronunciado en contra de tal concepción. Pero, el conceder al accipiens la actio conducti antes de la celebración de los juegos, implica necesariamente considerar = que entre el lanista y el organizador de los juegos existe, ab initio, una relación arrendaticia, que, "ex accidentibus", podrá transformarse en una compraventa. Y == ello a pesar de todas las manifestaciones que se hagan = en contra de esta calificación, como hace el mismo Pritchard, quien, sin embargo, al proponer dicho tipo de protección, reconoce que "in this problem ... the theory of the locatio-conductio with pactum adiectum, suggested supra but not favoured, would be attractively appropriate" (21).

Por su parte, DE ZULUETA (22), que comenta el fragmento de una manera poco profunda, hace constar que la solución gayana "no proporciona remedio al arrendatario-comprador, si el arrendador-vendedor se abstiene de suministrar los gladiadores", citando a continuación a = BESELER. Ciertamente, DE ZULUETA tiene toda la razón, pero semejante observación no tiene nada que ver con lo = que ha dicho BESELER, ni guarda ninguna relación con el

problema que aquí hay planteado, ni con el texto gayano. Este nos enfrenta con una traditio cuya causa aún permanece indeterminada, lo que da lugar a una situación de hecho también jurídicamente indeterminada, la cual plantea unos problemas que trata de resolver BESELER; pero si DE ZULUETA supone que el tradens no ha realizado la entrega y, por consiguiente, el accipiens no la ha recibido, entonces es que no hay ninguna traditio y la situación es completamente distinta. Este planteamiento da lugar, sin embargo a otra interesante cuestión: de no haberse celebrado la traditio, pero sí el convenio, ¿se concedería al organizador de los juegos la actio conducti para reclamar la cosa arrendada -lo que según ARANGIO "é facile pensare" (23)- (ya que la pregunta sobre la actio empti carecería de sentido)?, o ¿más bien se consideraría que dicho convenio no es subsumible en ninguno de aquellos que "transunt in proprium nomen contractus" (Ulp. D.2, 14,7,1) y se le aplicaría el principio de que "nuda pactio actionem non parit" (parr. 4, h.1.)? Pero ésta no es la cuestión que aquí se está estudiando.

Quedan, pues, puestos de relieve el problema y la polémica suscitada en torno a las posturas sostenidas acerca de él. Ambas ofrecen aspectos defendibles y aspectos criticables. La defendida por PRICHARD y THOMAS, seguida también por ARANGIO, es adoptada después de un

meticuloso análisis de los intereses en juego, e implica una toma de postura sobre la naturaleza de la relación contractual existente que, indiscutiblemente, se aparta, al menos, de la letra del planteamiento gayano, en el que sólo "ex accidentibus apparet ... facta cuiusque venditione an locatione". La solución propugnada por BESELER, de la concesión de una actio in factum (con la demonstratio concebida en los términos por él propuestos, o en otros) tiene a su favor una mayor fidelidad al texto, al menos aparente, que parece faltar a la otra postura, y el ser la adecuada para proteger algunas situaciones jurídicas indeterminadas según el derecho civil, pero que, no obstante, se consideran dignas de protección procesal. Obedece también, naturalmente, a un punto de vista sobre la relación jurídica existente entre las partes. BESELER (24) piensa que nos hallamos ante dos contratos sometidos a condiciones opuestas. Sus puntos criticables han sido puestos de relieve por sus oponentes y se analizarán más adelante.

Es pronto para exponer aquí una postura personal acerca de la protección procesal adecuada para amparar los intereses de ambas partes mientras dura la situación de pendencia originada por la traditio cuya causa = aparece indeterminada, a que se aludía al principio; y es

pronto proque cualquier toma de postura respecto a las = acciones ejercitables supone necesariamente una toma de postura en torno al problema de la relación básica sustantiva existente entre las partes y ello es, precisamente, el objeto de esta tesis. Por eso, se volverá más adelante sobre esta cuestión.

De todos modos, conviene destacar que la doctrina ha puesto de relieve los problemas que suscita la protección de los intereses del accipiens, pero ha olvidado, sin embargo, que la situación de indeterminación = con que nos enfrenta el texto veronés afecta también a = la protección de los intereses del tradens, por ejemplo frente a los abusos que pudiera cometer el accipiens == con la cosa entregada. Ciertamente, la posición del lanista podría contar con más medios para hacer efectiva = su protección, en último caso, por ejemplo, mediante acciones extracontractuales; pero, mientras dure la situación de pendencia, en los términos en que ésta viene planteada en el texto gayano, la indeterminación de la acción contractual ejercitable por el lanista subsiste hasta que "ex accidentibus" quede determinada la naturaleza del contrato realizado.

3.- La calificación.

Y, sin embargo, la cuestión de la protección =

procesal que pueda otorgarse a las partes mientras dura = la mencionada situación de pendencia originada por la indeterminación de la causa a que obedece la traditio no es el más arduo ni el más importante de los problemas suscitados por el fragmento objeto de este estudio. En efecto, la calificación jurídica que se atribuye a dicha causa = cuando cesa la situación de indeterminación suscita, a su vez, nuevos problemas, que, ahora, además no afectan sólo al tratamiento de una situación de hecho, sino a la propia esencia de una relación jurídica determinada.

En efecto, la calificación jurídica que, según nos informa Gayo, aplicó la Jurisprudencia al convenio = realizado y con la que se pone fin al estado de penden- = cia existente, quedando definidas en el ámbito del ius = civile las posiciones del lanista y del organizador de los juegos con referencia a dos instituciones jurídicas -arrendamiento y compraventa- bien conocidas y muy frecuentes en el tráfico, constituye una nueva fuente de = graves problemas y de mayor perplejidad para el estudio so.

Según ella, como consecuencia de las contingencias del juego gladiatorio, se entenderá que los gladiadores que resulten ilesos son objeto de un contrato de = arrendamiento y los otros, de un contrato de compraventa. De este modo queda definitivamente determinada la condi-

ción de cada una de las partes en cuanto a la relación = existente entre ellas respecto de cada gladiador (que ya se considera definitivamente arrendado o vendido) y, por consiguiente, definitivamente determinados los derechos y obligaciones de cada una de ellas en cada caso, y también las acciones que cada una de ellas podrá interponer en defensa de aquellos de sus derechos que resulten eventualmente lesionados. Igualmente, en el mismo momento en que terminen los juegos, o en que finalice la actuación de cada gladiador en los mismos (25), queda esclarecido el concepto en que el accipiens los había recibido: en concepto de detentador en el caso de los gladiadores == arrendados; en el de propietario bonitario en el de los restantes.

4.- La calificación como arrendamiento

Al margen de las dificultades que pueda suscitar la calificación en sí misma considerada y el propio planteamiento gayano en su conjunto, y ajustándonos a = los términos del texto veronés, la calificación como = arrendamiento de la relación existente respecto de los gladiadores que salgan ilesos de los juegos no parece = dar lugar a ninguna dificultad especial derivada de la naturaleza misma y del mecanismo propio del contrato == de arrendamiento. Y esta ausencia de problemas en la = "solución arrendamiento", que deriva de la fácil subsun-

ción del supuesto contemplado dentro del tipo contactual de la locatio-conductio explica fácilmente la posición adoptada por PRICHARD, THOMAS y ARANGIO-RUIZ que se acaba de comentar en las páginas anteriores y también otros puntos de vista de la doctrina, de que luego se hará mención.

5.- La calificación como compraventa.

La situación, en cambio, parece ser distinta = cuando la relación existente viene calificada como una = compraventa.

5.1.1.1.- El problema de la idoneidad de los gladiadores muertos para ser objeto de una compraventa.

En efecto, según la sentencia jurisprudencial que Gayo nos transmite, la relación existente respecto = a los gladiadores que en los juegos resulten muertos o = lesionados (debilitati) fué considerada como una compra-venta. Es decir, en aplicación del convenio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos, resultan ser objeto de un contrato de compraventa aquellos gladiadores que en las contingencias de la lucha hayan resultado muertos o lesionados. Pero esta calificación lleva = inmediata y espontáneamente al lector, vacilante en su = perplejidad ante las anómalas consecuencias que de ella puedan surgir, a formularse una inesperada pregunta: ¿es

que los gladiadores muertos pueden ser objeto de un contrato de compraventa? (26), o, dicho de otro modo, ¿es = que en el derecho romano clásico -en que nos sitúa la fecha convencional de redacción de las Instituciones de Gayo- es el cadáver de un hombre una res in commercio? Esta cuestión, que se plantea inmediatamente a cualquiera que lea con algún detenimiento el fragmento que nos ocupa, también ha sido advertida y tratada por la doctrina, que ha adoptado respecto de ella diversas posiciones, = porque ante el planteamiento gayano cabe sostener y se = han sostenido diferentes puntos de vista.

Así, en la actitud de una respuesta afirmativa a las preguntas que se acaban de formular hay que alinear a PRICHARD (27), que afronta el problema con un minucioso análisis de los intereses en juego -como ya se ha destacado antes, también respecto de otro problema-. Comentando el supuesto de la compra de los gladiadores muertos, sostiene, en definitiva, que la objeción de que en el momento de perfeccionarse la venta "la res ya habría perecido o no sería más que un cadáver" (28) puede desvirtuarse fácilmente (salvo un análisis muy sutil) desde un punto de vista romano, apelando al carácter práctico de la solución y precisamente por los problemas que ella resuelve, ya que la calificación como compraventa dejaría satisfechas las aspiraciones y los intereses que él

presume en el lanista y en el organizador de los juegos. En este sentido se extiende en consideraciones sobre el pago de los gastos de funeral de los gladiadores muertos, la posibilidad de interponer acción por damnum iniuria = datum inferido a los mismos, o la posición de fuerza en que que a la hora de la negociación se encontraría el lanista frente al organizador de los juegos, "ansioso de = recibir la mercancía". Esta opinión, que no debe ser relegada al olvido con ligereza, contiene puntos de vista interesantes, pero obedece, sin embargo, a una orientación metodológica y a una concepción del derecho romano en cuyas implicaciones no es posible entrar aquí con excesivo detalle.

Es verdad que un minucioso análisis de los intereses en juego de cada una de las partes no sólo no parece superfluo, sino, en este caso, incluso necesario, = tratándose, como se trata, de un problema de calificación jurídica planteado por Gayo en sede de contratos consensuales -y sobre ello se insistirá más adelante-, pero tampoco resulta lícito confundir, en la práctica de la calificación, la causa de un contrato típico con los intereses, las apetencias, o las posibles aspiraciones de las = partes contratantes.

En todo caso, la argumentación de PRICHARD adolece de un grave defecto: en lugar de hacer frente al =

problema, lo elude. Y no puede decirse que sea ninguna su tileza la objeción de que en el momento de perfeccionarse la compraventa su objeto sería un cadáver. Se ha repetido hasta la saciedad, y parece hoy una afirmación incontrovertible, que los romanos no eran esclavos de fórmulas, = pero de eso a que aceptaran sin más la compra de un cadáver sólo porque esta solución ofreciera la ventaja de satisfacer desde el punto de vista práctico los intereses = y las apetencias de las partes contratantes hay una gran distancia. Y, desde luego, "comprar un muerto" -valga la expresión más "pragmática"- es algo que repugnaría a la = mentalidad romana, en la que quiere situarse PRICHARD para traer argumento de su pragmatismo, mucho más de lo que pueda repugnar a nuestra misma mentalidad moderna.

Desde otra perspectiva, atenta sólo a considera ciones de índole puramente jurídica, SECKEL y LEVY se manifiestan también en un sentido afirmativo respecto de la cuestión que estamos estudiando. Según ellos (29), la com praventa contemplada en este fragmento -que sitúan en el contexto en que exponen las divergencias entre sabinianos y proculeyanos acerca de la eficacia retroactiva de las = condiciones- es un negocio condicional que se perfecciona con la muerte o lisiamiento y que sólo en ese momento empieza a surtir efectos. No eluden los autores citados las consecuencias de su pensamiento en lo que se refiere al = objeto de dicho contrato de compraventa, pero sí la proble

mática que de ello deriva y que hubiera merecido una consideración detenida, aun cuando el texto no ocupe un lugar = capital en la argumentación de los mencionados autores, = quienes respecto a lo que aquí nos ocupa se limitan a afir= mar paladina, escueta y tajantemente: "Aquí la venta es = 'perfecta' desde el momento de la muerte o del lisiamiento y en este momento no falta la cosa comprada la cual de == acuerdo con el convenio no puede ser otra cosa más que un cadáver o un cuerpo inerte" (30).

5.1.1.2.- Carácter no comerciable del cadáver humano en el derecho romano.

Pero tales afirmaciones, que parecen obedecer a la consideración del cadáver como una cosa comerciable en el derecho romano (31) nos han de llevar necesariamente a hacer algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del mismo que nos permitan aceptar o rechazar fundadamente dicha comerciabilidad, pues entendemos que una adecuada = respuesta a esta cuestión es fundamental para el buen enten= dimiento del fragmento gayano que aquí se está estudiando. Y no parece que pueda prescindirse de tan importante pro= blema, de cuyas implicaciones se hablará también aquí más adelante, (32), con la despreocupación con que ésto se ha= ce por algunos autores, entre los que no sólo se encuentran los citados PRICHARD y SECKEL-LEVY, sino también otros, co= mo HAYMANN, o THOMAS (31).

Y es que la cuestión de la naturaleza jurídica del cadáver en el derecho romano (34) es una de las más escasamente tratadas, tanto en las fuentes, como en la doctrina romanística. Y ello, además, no debe extrañar, pues se trata de una materia específicamente religiosa, en la que la misión del ius civile queda limitada a prestar su protección a unos valores que le vienen definidos e impuestos desde fuera. Esta es la convicción que late en el pensamiento de Cicerón (35) y en la misma parquedad de los jurisconsultos romanos, que se limitan a informarnos de que son religiosae "quae diis manibus relictæ sunt" (36) y que luego ya sólo se refieren al aspecto puramente civil de la regulación de las res religiosae. Es que, como ha dicho GROSSO, "la destinación y la pertenencia de la cosa a la divinidad ... es considerada negativamente respecto de las relaciones privadas que constituyen el objeto de la disertación de los jurisconsultos" = (37). Y "por eso en éste más que otros campos no sería = posible estudiar el aspecto jurídico sin tener en cuenta la civilización de que se trata" (38), porque "tal disciplina lleva naturalmente consigo el sello de concepciones religiosas y de apreciaciones sociales respecto de = las cuales las normas positivas constituyen elementos = determinados y al mismo tiempo tomas de posición comprometidas, soluciones de problemas de creencias y de convivencia impuestos por la realidad" (39). Por eso pudo decir =

FERRINI, refiriéndose al sepulcro, "haec si teneas sane intellegas cur res, quae nullius sit in bonis, tanta = gaudeat iuris sollicitudine" (40); pero también por eso "la pratica si mostra piuttosto diffidente nei riguardi del diritto oggetivo e delle interpretazioni dei giuristi" (41), como demuestra un número no despreciable de inscripciones sepulcrales, algunas de ellas repetidamente reproducidas por los tratadistas de una manera no exenta a veces de un cierto granus salis, y de las que puede servir de ejemplo la de aquél Agathopus en cuyo sepulcro está escrito "ab iis onmibus) dolus malus abesto et ius civile" (42), o aquella otra en que figura "dolus malus abesto et iurisconsultus" (43).

Por lo demás, todo ello concuerda perfectamente con las manifestaciones del erudito y polifacético CICERON, que no duda en proclamar su ignorancia de estas materias y la pertenencia de las mismas a la competencia de los pontífices, al decir "nihil loquor de pontificio iure, nihil de ipsius verbis dedicationis, nihil de religione et caerimoniis. Non dissimulo me nescire ea quae, = etiamsi scirem, dissimularem ..." (44).

Mas, a pesar de que la cuestión haya sido también escasamente tratada por los autores, puede, sin embargo, decirse que constituye una cuestión controvertida.

De una parte, BIONDI, con referencia a la épo-

ca en que el cristianismo deja sentir su influencia en el derecho romano, afirma que "cadavere e sepolcro sono res religiosas", aunque "in ben altro senso che nel mondo == pagano" (45), afirmación que, evidentemente, se encuentra inspirada por la idea de que el cadáver humano ha conservado la condición de res religiosa a través de ambas épocas -pagana y cristiana- del derecho romano.

Sin embargo, DE VISSCHER, que ha estudiado el = problema más a fondo, y que considera que una exacta solución del mismo presenta un interés considerable desde el = punto de vista de la historia jurídica, se pronuncia de = manera tajante en sentido diferente: "No hay, que sepamos, = ningún texto que atribuya el carácter religioso a los restos humanos considerados sea en sí mismos, sea en conjunto con el sepulcro.- Y de hecho las reglas que rigen la disposición de los cuerpos son netamente diferentes de aquellas a las que están sometidas las res religiosas" (46).

Mas, si ésto es así, ello se debe, precisamente , según el autor belga, a que el cadáver humano no es, en la mentalidad pagana, una res religiosa: "Es que para los antiguos el cuerpo o las cenizas no son solamente una cosa. La unión del alma y de los cuerpos persiste incluso después de la muerte. ... Se sigue de ello que el cuerpo o las cenizas no pueden ser tratados como cosas puramente materiales. En ellos y por ellos es como el difunto prosigue una vida de =

ultratumba. ... Su persona permanece unida a sus restos =
..." (47), "pero no se concebiría que el cuerpo o las ce-
nizas en los cuales se materializa la presencia de los =
dioses manes estuvieran sometidos a la potencia que emana
de ellos mismos.- Estas observaciones nos llevan a limi-
tar el carácter religioso al sepulcro con exclusión de =
los cuerpos o de las cenizas. Por el contrario éstos a =
partir de la inhumación participan del carácter divino de
los dioses manes" (48).

Y tal afirmación, más concreta y menos evanescente que la paralela de DE FRANCISCI, quien piensa que "il morto non è neanche considerato come un anima senza corpo, ma come un anima dotata di un'altra corporeità" (49), no es, sin embargo, aventurada, porque ya desde época antigua (50), como dice BAYET "frente a la vaga colectividad de los 'dioses Manes', por fin se había formado la noción de los manes individuales, no errantes, como lo són por decirlo así el alma y la sombra sino fijados, parece, en las cenizas = o cerca de ellas" (51). Por eso "cineres admite sustitutos, igual que reliquiae (Aen., V, 47), próxima a animae (ib., 81), es utilizada como metáfora para significar los manes o el muerto viviente" (52). Pero la anterior afirmación = de DE VISSCHER de que el cadáver o las cenizas participan de la naturaleza divina de los manes a partir de la inhumación, no ha de hacer pensar que antes de ella el cadá-

ver esté desprovisto de toda protección, tanto jurídica = (52-bis), como religiosa: "Para todos los romanos el contacto con la muerte es funesto. Así, funus primitivamente indica propiamente la contaminación derivada de la muerte: funestus es lo que está afectado por el funus" (53). Así, es funesta la casa donde se encuentra un cadáver y también su familia hasta que no se hayan celebrado los ritos de = purificación (las llamadas feriae denicales); también por eso en la época antigua los funerales se celebraban de no che y según la noticia de Servio (Aen., 11, 143) se trata ba de impedir incluso que los sacerdotes o magistrados = sufriesen esta especie de contaminación por la sola vi-== sión del cadáver (54). "La muerte es para el primitivo = una crisis, un paso, en el cual una potencia activa se = torna latente y, por consiguiente, vagamente amenazante, por lo cual ver o tocar un cadáver implica una pollutio" (55).

Esta íntima unión del cadáver con el principio = divino, semejante, a la que existe entre el alma humana y el cuerpo vivo, hace, pues, que el cadáver se identifique con la propia naturaleza divina de los dioses manes, del mismo modo que el cuerpo del hombre vivo participa de su = misma naturaleza humana. Así, el cadáver pierde su condición humana para venir a integrarse en la misma naturaleza divina de los dioses inferiores, pasando, con todas = las consecuencias que ésto comporta en la esfera del ius civile a adquirir la condición de un dios (56).

Es justamente esta concepción en torno a la vida de ultratumba la que permite a Ulpiano decir que "naturaliter enim videtur ad mortuum pertinere locus in quem infer-tur" (Dig., 11,7,4) (57) pues, del mismo modo ^{que} la mentalidad pagana considera a las res sacrae -que son aquellas que = diis superis consecratae sunt" (Gayo, 2,4)- como objeto de propiedad de los dioses superiores, considera también a = las res religiosas -"quae diis Manibus relictæ sunt" (Gayo, ibid.)- como objeto de propiedad de los dioses manes.

También niega la condición de "cosa" al cadáver = humano SCHERILLO, para quien "non è cosa il cadavere proprio od altrui, e nemmeno le parti staccate dal cadavere" (58), = pero fundamenta su posición en Dig., 45, 1, 103, al que luego se aludirá, y recurriendo a los principios generales, remitiéndose al terror reverencial que inspiraba el cadáver = según las ideas religiosas de los antiguos y al siguiente == argumento: "come il luogo ove è sepolto diviene res extra patrimonium perché si considera appartenere ai Mani del defunto, così esso non era considerato in nessun caso suscettibile di valutazione economica o possibile oggetto di signoria" (59), así como a la sustracción del cadáver al tráfico jurídico. Pero con ello no se aclara la razón última de la protección que se otorga al cadáver, ni la naturaleza jurídica del mismo. Además, el hacer depender la no comerciabilidad del = cadáver (a consecuencia de la cual le niega la condición de cosa) del hecho de estar colocado en el interior de una res

extra patrimonium -el sepulcro- implica que el cadáver no adquiere esa condición hasta después del enterramiento, = con lo que no queda resuelto el problema de su naturaleza y condición durante el lapso de tiempo que pueda transcurrir hasta este momento desde el del fallecimiento, lapso de tiempo durante el cual, según se desprende lógicamente de la posición de SCHERILLO, el fundamento de la protección otorgada al cadáver descansaría únicamente en ese "riverenziale terrore" que "secondo le idee religiosi degli antichi, il cadavere ispirava" (60); mas este terror reverencial, que en efecto existe, no es la causa de la protección jurídica que se le otorga, sino, al igual que ésta, consecuencia de la naturaleza que el cadáver mismo tiene, como se ha visto en las páginas anteriores.

No es éste, ciertamente, el lugar adecuado para = estudiar los pormenores de la doctrina cristiana en torno = al problema que nos ocupa, dada, además, su presumible falta total de influencia en las Instituciones de Gayo, pero sí = conviene observar que el abismo que en este punto separa = a la concepción cristiana de la pagana no tiene la correspondiente repercusión en el campo del derecho.

El respeto al cadáver tiene, según la nueva religión, un fundamento diferente al que tenía en la época pagana: "La fede nella resurrezione dei corpi impone ed avvalorare tale rispetto, in quanto il cristiano ha la certezza che

un giorno l'anima potrà congiungersi al corpo, quando =
cioè, come dice S. Paolo, Gesù reformabit corpus humilita-
tis nostrae, configuratum corpori claritatis suae" (61).

Mas, desde un punto de vista jurídico-formal, =
puede afirmarse que el fundamento de la protección es el =
mismo: se protege al cadáver porque éste está llamado, tan
to para el pagano como para el cristiano, a unirse al alma
e integrarse definitivamente -de un modo totalmente distin
to, ésto es ocioso consignarlo- en la divinidad. Y es que
el ordenamiento jurídico sigue prestando su protección a =
unos valores extrajurídicos, que le vienen determinados =
por las creencias religiosas.

Por eso, como señala BIONDI, (62) el derecho cris
tiano mantiene los institutos, la terminología y los medios
de protección del sepulcro (y, podríamos añadir, del cadá
ver) que ya existían en la época pagana (63). Y los conser
va hasta extremos a veces incompatibles con las nuevas con
cepciones, pues, como ha puesto de relieve GLUECK, en las =
mismas Instituciones de Justiniano se mantiene el concepto =
pagano según el cual "le res divini iuris non erano in pro-
prietà umana, ma del dominio degli dèi" (64), siendo así =
que el derecho de inspiración cristiana se orienta a consi
derar las res sacrae y las res religiosae -si bien afecta--
das a un destino especial- como de propiedad de la Iglesia,
o de las distintas Iglesias (65).

Ciertamente, la concepción cristiana es más acorde con la consideración del cadáver como res religiosa. = Excluida su antigua identificación con la divinidad de los manes, y, por más que esté destinado a unirse de nuevo al alma en el día de la resurrección y, en un nuevo estado, = integrarse en el Cuerpo Místico de Cristo, ya no puede decirse que el cadáver sirva de sustento a ningún principio personal y carece de sentido atribuirle titularidades o destinar a su servicio ningún tipo de cosas. Más bien es él == mismo una cosa, o, quizá más exactamente, un objeto que debe ser conservado y preservado para que pueda alcanzar el fin superior a que está destinado y que excede de la propia esfera del derecho, lo que es razón suficiente para excluir ese objeto del tráfico jurídico privado.

Pero, la misma Novela en que BIONDI parece fundarse al exponer su opinión (66) -Nov. Val., 23- no ofrece base suficiente para afirmar un cambio de esta naturaleza en la consideración jurídica del cadáver. Nada hay en ella de incompatible con la vieja concepción pagana del mismo. Y = la propia doctrina que se contiene en el principium de la misma, tampoco hubiera aparecido como algo muy exótico a = un espíritu imbuido de la abigarrada cultura romana de los siglos II y III, o incluso del primero (67). Ni siquiera = esto se oculta en la Novela, pues en ella misma se señala una confusa mezcla de fuentes en apoyo de su afirmación de

que "nec vana fides est solutos membris animas habere sensum^{et} in originem suam spiritum redire caelestem" (68): "hoc libris veteris sapientiae, hoc religionis quam veneramur et colimus -que es ciertamente, la cristiana- declaratur arcanis". Pero, ¿puede decirse que la Novela 23 de Valentiniano refleje un pensamiento netamente cristiano cuando dice = "quis enim nescit quietos sollicitari funectis ausibus manes et horribilem violentiam defunctorum cineribus inferri", o "amant tamen animae sedem corporum relictorum et nescio qua sorte rationis occultae supulchri honore laetantur"?

No sólo la idea que se expresa en el principium = de la Novela 23 de Valentiniano, sino su misma exposición = se adapta perfectamente al modelo del pensamiento ciceroniano. La única diferencia está en que la Novela condena violentamente el pensamiento epicúreo, que Cicerón, aun considerándolo equivocado, admite muy vagamente, de acuerdo con el arraigo y difundido recurso romano de raíz socrática (69) para evitar el temor a la muerte: mors, aut finis aut transitus (70). En cuanto a su origen, es suficientemente explícito el propio Cicerón en el pasaje que parece haber servido de modelo a los redactores de la novela 23:

"Neque enim adsentior iis qui haec nuper disserere coeperunt, cum corporibus simul animos interire atque omnia morte deleri. Plus

apud me antiquorum auctoritas valet vel nos-
trorum maiorum qui mortuis tam religiosa iu-
ra tribuerunt, quod non fecissent profecto,
si nihil ad eos pertinere arbitrarentur; vel
eorum qui in hac terra fuerunt, Magnamque ==
Graeciam ...; vel eius qui Apollonis oraculo
sapientissimus est iudicatus ... animos ho-
minum esse divinos, iisque cum ex corpore ex-
cesissent, reditum in caelo patere optimoque
et illustrissimo quoque expeditissimum ...

... Id si ita est, ut optimi cuiusque ani-
mus in morte facillime evolet, tamquam e cus-
todia vinclisque corporis ... Sin autem illa
veriora ut idem interitus sit animorum et cor-
porum nec ullus sensus maneat, ut nihil boni
est in morte, sic certe nihil mali ..." (71)

No expone, pues, ideas cristianas la Novela 23 de Va-
lentiniano, sino pitagóricas, socráticas, romanas tradicionales.
Reniega, eso sí, al rechazarla doctrina epicúrea de una posi-
ción muy arraigada en la mentalidad romana respecto de la muer-
te y la vida del más allá. Sin embargo, también es verdad que
sobre el tema se pronunció más de una vez San Ambrosio --en =
cuyo pensamiento se han visto reminiscencias socráticas y ci-
ceronianas-- repudiando la concepción epicúrea, que en algún
momento atribuye a los "idolorum cultores", por lo que tampo-
co cabe excluir que la doctrina de este Padre de la Iglesia =
hubiera sido el antecedente inmediato de la que inspira la No-
vela (72).

No debe despreciarse la opinión de SCHERILLO: "Nel diritto giustiniano -no ya en la mucho más confusa época = postclásica- in seguito alla scomparsa totale del diritto = sacro determinata dalla nuova religione, è caduto il motivo dell'esclusione del cadavere dal novero delle cose, onde può chiedersi se essa sia mantenuta o no: la questione allo stato delle fonti non è risolvibile" (73).

Si no es ésta sede para dilucidar estos problemas, tampoco parece lícito eludirlos. Quedan planteados, al igual que queda apuntado el criterio que aquí se sostiene al respecto. Lo que aquí interesa es la consideración del cadáver según las concepciones paganas y con arreglo al derecho de inspiración pagana, que es lo que informa las Instituciones de Gayo. Mas esto es una cuestión previa.

Porque, si la literatura jurídica es escasa en lo que se refiere a la naturaleza del cadáver (74), no lo es menos en lo que se refiere a una consecuencia ineludible de ella: el carácter comerciable o no del mismo. Este problema, que atrajo ampliamente la atención de los autores antiguos (75), no ha preocupado, sin embargo, excesivamente a los escritores modernos.

Al decir de FADDA y BENSA, que se han ocupado del tema con bastante extensión (76), exponiendo y criticando o comentando las principales opiniones anteriores a ellos al respecto, "la gran maggioranza degli scrittori afferma la estra-

commercialità assoluta del cadavere" (77). Pero se trata de opiniones con escaso apoyo en las fuentes y en las que fundamentalmente se pretende defender posiciones con vistas al derecho aplicable.

La opinión de FALLA y BENSA queda expresada en las siguientes palabras: "la destinación natural del cadáver humano, según la conciencia general, es la de ser dado a la paz de la tumba, bajo aquellas formas que la ley del Estado tiene fijadas, y esta destinación es absolutamente incompatible con el concepto de la comerciabilidad del cadáver. Esta destinación, sin embargo, si excluye todo derecho patrimonial sobre el cuerpo humano, es al mismo tiempo la mejor demostración de la facultad que tiene el hombre de disponer del propio cadáver en los límites de la propia destinación..." (78).

En opinión de PEROZZI, "secondo il diritto romano era ugualmente incapace di essere oggetto di proprietà il cadavere umano, sia del libero che dello schiavo" (79), pero las fuentes de las que manifiesta traer argumento (80) no abordan directamente el tema, a no ser que el detinere de Dig., 11, 7,38 y de Dig., 47,12,3,4 deba entenderse como "detentar, poseer", y no como "detenar", "retener" para impedir el entierro, que parece ser la significación más adecuada al sentido del texto, y así lo entiende también HEUMANN-SECKEL (81) y D'ORS, HERNANDEZ TEJERO, FUENTESECA, GARCIA GARRIDO y BURILLO (82).

Mención especial merece la posición de SCIALOJA, (83)

inspirada en parte en la orientación de los autores del derecho de Pandectas y en parte en la consideración crítica de las fuentes romanas. Este autor se pronuncia en contra de la comerciabilidad del cadáver en el derecho romano. Cree, en efecto, que "en el mundo romano el cadáver, aun siendo posible objeto de derecho, es guardado con un cierto terror reverencial, consecuencia ésta de las ideas religiosas de la antigüedad, por lo que viene sometido a una serie de disposiciones limitadoras de su disponibilidad y es sustraído de las relaciones jurídicas patrimoniales" (84). Desarrolla estas ideas SCIALOJA con diversos argumentos, pero no aduce para su fundamentación ningún testimonio de las fuentes. Argumenta, en cambio, contra los testimonios que pudiera creerse encontrar en ellas a favor de la postura contraria, esto es, del carácter comerciable del cadáver. Es de destacar en este sentido la razón que le asiste cuando niega que determinadas prácticas o instituciones en las que la entrega o retención del cadáver está relacionada con el pago o la extinción de obligaciones demuestren el carácter comerciable de él.

En efecto, con el secuestro del cadáver del deudor por los acreedores, lo único que persiguen éstos es coaccionar al heredero para que pague las deudas del difunto, con objeto de recuperar así el cadáver y poder enterrarlo. La práctica de este tipo de secuestros no demuestra que el cadáver tenga ningún valor patrimonial. El secuestro del cadáver tiene únicamente la finalidad de ejercer sobre el heredero una coacción que se considera antijurídica, y ello no sólo por la constitución

de Justino I del año 526, ya citada, sino desde la misma época clásica (85). Si el ordenamiento jurídico contempla esta práctica no es para atribuirle un efecto civil basado en el carácter patrimonial del cadáver, sino para imponer una pena a quienes la lleven a cabo, basándose en su carácter atentatorio contra los valores que dicho ordenamiento jurídico protege. (86).

Pero, si el testimonio que ha quedado en las fuentes de la existencia de esta práctica, considerada ilícita, no tiene ningún valor como argumento para defender la comerciabilidad del cadáver, no se puede dar mucho más valor a la entrega del cadáver en concepto de noxae deditio. Tal posibilidad viene reconocida en un pasaje bastante lacunoso de los Fragmenta Augustodiniensia (IV, 82-83), lo que le presta mayor interés en nuestro caso, dada la vinculación de esta obra con el pensamiento de Gayo. Dicen así estos fragmentos:

"82. Sed interest utrum serui filiiue nomine =
noxalis actio proponatur, an animalium. Nam si
serui filiiue nomine condemnatus fuerit dominus
uel pater, poterunt in noxam dare etiam mortuum:
condemnatus dominus noxali actione potest seruum
etiam mortuum in noxam dare. 83 Et non solum
si totum corpus det libretur, sed etiam si par
tem aliquam corporis. Denique tractatur de capil-
lis et ungibus an partes corporis sint. Quidam
enim dicunt <ea additamenta corporis esse; sunt
enim> foris posita. Animal mortuum vero dedi

non potest.

Este testimonio podría inducir a confusión con más facilidad que el caso anteriormente comentado, pues aquí la entrega de un cadáver produce, con arreglo al ius civile el efecto extintivo de una obligación. Pero sólo de una manera aparente podría traerse argumento de este razonamiento a favor de la comerciabilidad del cadáver. SCIALOJA (88), comentando los fragmentos transcritos del Gayo de Autun, considera la posibilidad de que se transmitiese a la víctima del = daño la propiedad del cadáver, pero se inclina por otra solución más acorde con la naturaleza y el origen de la noxae deditio. No es éste, en efecto, un instituto originario del derecho privado, sino que "pertenecía también al derecho internacional público" (89) y en éste la noxae deditio tiene la finalidad de demostrar a la víctima que el culpable ha = sido castigado. Piensa SCIALOJA que esta misma sería la finalidad perseguida por la entrega que nos testimonian los = fragmentos de Autun y argumenta que, por eso, no se admite la entrega de los animales muertos, porque "sería ridículo castigar a un animal de su falta matándolo" (90). Por eso = también basta con entregar aquellas partes del cuerpo del filiius o del servus que demuestren que el culpable ha sido realmente castigado con la muerte, sin que sea necesario entregar el cadáver íntegro.

Los argumentos de SCIALOJA parecen suficientemente

bien orientados.

Por otra parte, sin ánimo de entrar aquí en la polémica sobre la naturaleza de las obligaciones noxales (91) puede señalarse que la constante tradición doctrinal que ve en ellas --en cuanto consideradas como facultativas (92)-- la existencia de dos objetos: uno comprendido in obligatione y otro que intervendría únicamente in solutione (y éste sería el caso del filius o del servus) ofrecería un cauce dogmático apto para obviar la dificultad que nos ocupa. En efecto, si dentro de la mecánica obligatoria el cadáver estuviera comprendido in obligatione, ello implicaría la necesidad de admitir su naturaleza patrimonial; pero interviniendo en ella sólo in solutione, no es necesario deducir semejante consecuencia, sobre todo teniendo en cuenta la peculiaridad de la liberación del vínculo obligatorio mediante la entrega noxal.

La noxae deditio, como queda dicho, obedece a concepciones arcaicas, cuyas manifestaciones han perdurado hasta épocas posteriores. Así, la antigua alternativa: o pagar la composición pecuniaria, o sufrir la venganza privada, se traduce en la época clásica en la alternativa que se ofrece al pater o al dominus del culpable: o pagar la litis aestimatio, o abdicar su potestas sobre el filius o servus, entregándolo a la víctima mediante noxae deditio (93).

SCHERILLO (94), acerca de cuyo pensamiento sobre la condición jurídica del cadáver ya se ha hablado antes, niega =

también la comerciabilidad del mismo en el derecho romano y aduce, además de los argumentos ya aludidos, una referencia a Dig., 45,1,103, inexplicablemente preterido por los tratadistas:

"Liber homo in stipulatum deduci non potest, quia nec dari oportere intendi nec aestimatio eius praestari potest. Non magis quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem aut fundum hostium" (Modestino, V Pandectarum).

La opinión de Modestino parece sobradamente clara y tajante, pero sobre la cuestión se pronunció también Gayo:

"Si id quod dari stipulamur tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebatur, aut mortuum quem vivum esse credebatur, aut locum sacrum vel religiosum quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur" (Gayo, III,97).

Aparte de la incontestable declaración del carácter no comerciable del cadáver, de la enumeración gayana de 3,97 puede traerse argumento contra la consideración del cadáver = como res religiosa, pues, si fuera tal, carecería de sentido la mención especial del mismo, ya que podría haberse generalizado la mención del locum sacrum vel religiosum a la de rem sacram vel religiosam, para que el cadáver quedase comprendido en ella.

La enumeración de Gayo hace claramente referencia a tres ordenes de objetos que están sustraídos al tráfico jurídico privado: los cuerpos de los hombres (libres), los cuerpos de los == dioses manes --si se admite la expresión-- y las que propiamente pueden llamarse res divini iuris, ya que para Gayo las = res sanctae sólo quodammodo divini iuris sunt (Gayo, II,8).

Y la posible objeción de que los gladiadores de III, 146 pudieran ser esclavos no tendría ninguna entidad, pues el cadáver del esclavo tiene la misma consideración desde el punto de vista religioso que el cadáver del hombre libre (95), por lo que es aplicable al del esclavo todo lo que queda dicho respecto al fundamento de la protección jurídica de los cadáveres en general. Además, los mismos textos que se acaban de citar = abonan este punto de vista. Así, en el de Modestino (D.45,1, 103) se distinguen claramente como casos diferentes el del liber homo y el del mortuum hominem (96), hasta el punto de que D'ORS, HERNANDEZ TEJERO, FUENTESECA, GARCIA GARRIDO y BURILLO traducen este fragmento así: "una persona libre no puede ser objeto de estipulación ... no más que si alguien hubiera estipulado que se diera un esclavo muerto" (97). Pero el texto de Gayo es aún más claro, si cabe, pues en él la palabra mortuum sólo puede referirse al esclavo, que es el único vivum que podría estipularse, ya que en el mismo fragmento se acaba de decir = que es nula la estipulación en que se promete un hominem liberum.

La cuestión queda, pues, totalmente aclarada y no parece verosímil que el propio Gayo, que se ha pronunciado de un

modo tan paladino sobre el carácter no comerciable del cadáver en III, 97, entienda en III, 146 que los cadáveres de los gladiadores que resulten muertos a consecuencia de las contingencias del juego gladiatorio puedan constituir el objeto de un contrato de compraventa.

5.1.1.3.- La retroactividad de la condición como expediente para salvar el obstáculo del carácter no comerciable del cadáver humano.

Así, pues, como consecuencia del carácter incontestablemente no comerciable del cadáver en el derecho romano, resulta necesario rechazar aquellas interpretaciones que, como las de PRI--CHARD y SECKEL-LEVY (98) ven en Gayo, III, 146 una compraventa de los cadáveres de los gladiadores muertos en las contingencias del juego. Y, naturalmente, no sólo éstas, sino también todas aquellas cuyo planteamiento aboque necesariamente a la misma conclusión. = Ello tiene lugar, por ejemplo, en las posturas de THOMAS y de HAYMANN. En efecto, en esta línea se sitúa la muy diluida (99) posición de THOMAS, quien, entendiendo que en el texto aquí estudiado habría que distinguir, de una parte, la noticia de la calificación jurisprudencial, y, de otra, la explicación proporcionada por Gayo mismo como fundamento de tal calificación (contenida en "idque-pos-sint"), considera esta aportación como una justificación académica propia de Gayo y ajena al pensamiento de los Jurisconsultos de cuya opinio se nos da noticia y que se habrían inclinado en el senti-do indicado (compraventa-arrendamiento) "precisamente por su obvia practicidad" (100).

Mas, defendiendo él este planteamiento, analiza, sin embargo, algunas dificultades técnicas que pudiera plantear la solución jurisprudencial. Y, así, al preguntarse sobre si la calificación como compraventa no estaría en contradicción con la regla ==

periculum est emptoris, responde tajantemente: "en verdad la res puesta es nó, porque no hay venta a no ser que un gladiador resul te te muerto o lisiado" (101). Y, por otro lado, al analizar, = otras cuestiones tampoco se plantea de una manera explícita el = problema de la idoneidad de los cadáveres de los gladiadores pa- ra ser objeto de un contrato de compraventa. Pero, si no hay com praventa a menos que un gladiador sea muerto (o lisiado), esa = compraventa ya no puede tener otro objeto sino el cadáver de ese gladiador.

Del mismo modo, si HAYMANN no se pronuncia sobre el pro blema, es solamente porque no desarrolla su pensamiento hasta sus últimas consecuencias. Dicho autor, que se ha ocupado del texto= tangencialmente, a propósito de la perfección de la compraventa y con miras a determinar el momento del tránsito del periculum = del vendedor al comprador, estima que en Gayo, 3,146 hay una com praventa sometida a una condición suspensiva consistente en el = perecimiento (o lisiamiento) en la lucha gladiatoria. Y entiende que el riesgo -todo riesgo distinto al perecimiento en la lucha gladiatoria- sigue soportandolo el vendedor, "weil pendente con ditione der Kauf zwar abholbar, aber noch nicht gültig abgeschlos sen ist" (102). Así, pues, para HAYMANN, la compraventa contempla da en Gayo, III,146, sólo se perfecciona cuando su objeto no pue de ser ya más que el cadáver de los gladiadores muertos en los = juegos (o los gladiadores lisiados, en el otro caso), porque == "el riesgo se transmite en el momento en que después de la pre== cedente traditio se cumple la condición de la compra de los === esclavos mediante la muerte o el lisiamiento en la lucha" (103).

Naturalmente, la doctrina más numerosa no se inclina a seguir este tipo de planteamientos; tanto los que explícitamente proclaman no tener inconveniente en aceptar que sean objeto de la compraventa contemplada en Gayo, 3, 146 los cadáveres de los gladiadores, como los que implícitamente abocan a la misma conclusión. Ya se ha visto cómo en el pensamiento de HAYMANN y en el de SECKEL-LEVY ésta se imponía como consecuencia necesaria de su calificación de la compraventa como condicional, consecuencia que SOLAZZI consideraba "esatta", "ammesso che il negozio sia condizionato" (104), extremo éste que rechazaba el autor = italiano.

Pero la cuestión no iba a quedar así. En efecto, GROSSO (105), que fué cronológicamente el primero que, sin apartarse de la tendencia doctrinal que veía en el texto = que comentamos una compraventa condicional, se negó a aceptar las conclusiones anteriores y proporcionó una construcción doctrinal que trataba de evitarlas. Interesa especialmente el pensamiento de GROSSO porque, aun cuando el recurso técnico a que apela ya había sido defendido con anterioridad, es él el primero que lo articula de una manera orgánica y razonada en la polémica sobre Gayo, 3, 146 y su pensamiento constituye el primer hito de una corriente que en nuestros días, ha alcanzado notable importancia en la doctrina, sobre todo después del relevante trabajo de CALONGE (106), del que con razón se ha dicho (107) que contiene = una "accuratissima dissamina" del significado y problemas = del texto.

El pensamiento de GROSSO y CALONGE en este punto es, pues, sumamente interesante y merece, por ello, un exámen detenido.

Se mantiene el autor itálico fiel a la consideración del negocio como condicional (aunque no podemos dejar de destacar, si bien incidentalmente aquí, el escaso rigor lógico del argumento con que inicia su comentario al texto que nos ocupa: "L'assimilazione alla condizione é interesante per l'evidente retroattività della condizione" (108). Así, pues, ¿"asimilación" a la condición, o verdadera condición con efectos retroactivos?).

En cualquier caso, GROSSO, coincidiendo con la mayoría de la doctrina de la época en admitir como principio general el de la irretroactividad de las condiciones en el derecho romano, (109) admite, sin embargo, que los romanos "no son esclavos de las fórmulas" y que en = algunos casos "la realidad misma de las cosas, la naturaleza misma de la condición" impone la retroactividad. Ello es, precisamente, lo que sucede, desde el punto de vista de GROSSO, en Gayo, 3,146. Y en primer lugar porque "la = vendita non può intendersi come avente per oggetto i gladiatori morti, cioè i cadaveri". No escapa sin embargo a la agudeza del profesor italiano la posibilidad de recurrir a un expediente encaminado a obviar esta dificultad: la objeción de que momentum mortis vitae tribuitur

(a cuyo efecto se remite a la validez de la stipulatio cum moriar, o cum morieris). Mas rechaza esta interpretación fundándose en que en ese caso "non si spiegherebbe a che titolo prima i gladiatori vengano usati". También cree encontrar señales de retroactividad en la expresión "ex accidentibus apparere" del texto veronés y, aunque admite que estas palabras puedan pertenecer a un glosema postgayano (correspondiente a "idque-apparet"), su interpretación del texto es tajante: "In ogni modo, però, l'impostazione dal punto di vista della condizione importa la retroattività".

La solución propuesta por GROSSO es, como se vé, aguda y sutil y contiene importantes orientaciones tendentes a evitar la inaceptable conclusión de que resulten ser objeto de un contrato de compraventa los cadáveres de los gladiadores perecidos en los juegos, y ello además, sin renunciar a la construcción del negocio como condicional.

CALONGE, que defiende, sin embargo, opinión contraria a la del profesor italiano respecto a la existencia de un principio general de irretroactividad de las condiciones en derecho romano, del que, como hemos visto, el fragmento gayano que aquí se comenta constituiría, según GROSSO, una excepción, ⁽¹¹⁰⁾ acepta, sin embargo, el pensamiento de éste en punto a la mecánica con-

dicional y a la retroactividad de la condición en Gayo, 3,145 (111). Así, afirma en este sentido que a GROSSO = "dobbiamo una delle più lucide messe a fuoco del nostro problema, giacchè per esso risulta chiara l'importanza della funzione della condizione dell'ipotesi gaiana, e ne deriva la perfetta chiarezza della sua retroattività" (112).

Pero el maestro español no se limita a manifestar su adhesión a la tesis de GROSSO, sino que, a lo largo de sus comentarios a los principales puntos de vista aducidos sobre el texto, va perfilando su pensamiento y aportando nuevos argumentos en pro de la retroactividad de la condición en Gayo, 3,146.

Así, por ejemplo, examinando la opinión de SOLAZZI (113), admite CALONGE que "iam - possint" pueda constituer una alteración (114) postgayana, pero sostiene, en cambio, la pureza del "idque ex accidentibus apparet", "ya que viene a ser una argumentación necesaria para la lógica comprensión de la solución dada por Gayo" (115).

Así, también, considera la argumentación de MAYER-MALY (116) y de AMIRANTE (117), que ven en este texto un criterio para deslindar los tipos contractuales de arrendamiento y compraventa sobre la base de la

posibilidad o imposibilidad de restituir íntegra la cosa entregada como "aunque válida en el fondo, ... también... insuficiente. No toman en consideración la mecánica que el propio Gayo establece ..., mecánica que consiste en el juego retroactivo de la condicio para la compraventa", (118). Porque CALONGE, que ha hecho un estudio mucho más amplio y completo que el de GROSSO, manifiesta cómo su concepción del problema se sitúa en una tradición a la que pertenecen también las de SECKEL-LEVY y HAYMANN, si bien éstas últimas resultan superadas por las de los dos anteriores, al introducir la consideración de la retroactividad de la condición, con lo que quedan eliminados varios problemas que no resolvía la construcción de los mencionados autores alemanes, entre los cuales está el que aquí nos interesa, de la idoneidad del objeto del contrato de compraventa. Así, afirma CALONGE: "Estimamos la interpretación de los citados autores se refiere a HAYMANN y SECKEL-LEVY-- dentro de la solución justa del problema, pero resulta insuficiente ante la complejidad del caso. En el momento de cumplirse la condición, la compraventa deviene perfecta, pero ab initio, necesariamente, y esto sucede por el efecto retroactivo de la condición" (119).

Más adelante volveremos sobre el pensamiento de CALONGE respecto de otros aspectos. Aquí importa destacar solamente cómo este autor se sitúa en la línea doctrinal que ve la existencia de una condición con efi

cada retroactiva en la compraventa que se contempla en Gayo 3, 146 y cómo perfila y desarrolla su opinión a éste respecto, lo que sólo nos interesa aquí a los efectos de estudiar la retroactividad de la condición como expediente para eludir la falta de idoneidad en el objeto de dicha compraventa.

Destaca (120) también entre los autores que siguen esta misma línea MASI, quien, por razón de la sede en que estudia el texto, sólo se ocupa de él en lo que puede tener relación con el tema de las condiciones (121). Este autor, que pone de relieve las opiniones de GROSSO, SOLAZZI y CALONGE y analiza detenidamente varios puntos de ellas expresando algunas interesantes opiniones que no son de este momento, reproduce la argumentación central de GROSSO, a la que se adhiere = afirmando: "L'esattezza di tale rilievo appare innegabile" (122). Pero añade a continuación una observación, que, en modo alguno carece de interés (especialmente = tratándose de las Instituciones de Gayo, donde se presta un especial interés a los problemas relacionados = con la condición y con las disputas jurisprudenciales reativas a ellos (123): "Ma, appunto per ciò è, ai nostri fini, --se refiere a la retroactividad de la condición-- veramente significativo il fatto che il giurista --se refiere al autor del texto veronés-- sembra aver completamente trascurato questo elemento della costruzione da lui ipotizzata" (124).

Parece oportuno tomar en consideración la observación de MASI, y ello en dos aspectos distintos. En primer lugar, y sin que ello suponga compartir el punto de vista de THOMAS arriba expuesto (125)--según el cual Gayo, 3,146 nos transmite: A) la noticia de la calificación jurídica que de una manera escueta y no razonada, aplicó al supuesto de hecho que allí se expone la opinión mayoritaria de la jurisprudencia romana y B) un intento de explicación o justificación de ella, de carácter puramente académico, cuya paternidad cabría atribuir exclusivamente a Gayo, o quizá al autor de un glosema = postgayano introducido en el manuscrito veronés-- es indiscutible que en el fragmento que aquí se está estudiando no se transmite una sentencia jurisprudencial de un modo escueto y sin aducir sus fundamentos (lo que, por otra parte, tampoco sería muy ajeno al estilo jurisprudencial romano), sino que, por el contrario, esa decisión se nos expone acompañada de un comentario orientador y explicativo de la misma. Que éste comentario sea genuino de Gayo, o que su paternidad deba atribuirse a un comentarista posterior o a otra mano, es cuestión = que merece ser estudiada (126). Pero, en todo caso, si el problema se plantea en términos de elección entre = arrendamiento o compraventa y la clave del mismo --no = sólo del problema que plantea la idoneidad del objeto = en el caso del contrato de compraventa, que es lo que = aquí y ahora se está estudiando, sino de todo el problema global que se plantea en el fragmento-- está en la =

eficiencia retroactiva de una condición a que esté sometida dicha compraventa ciertamente es, en verdad, significativo el hecho de que éste extremo no se mencione en la parte del fragmento destinada a explicar, o, al menos orientar al lector sobre la explicación o justificación doctrinal de la solución adoptada por la jurisprudencia al problema planteado. Mas, por este camino llegaríamos a negar la operatividad de una condición con eficacia retroactiva en Gayo 3,146, lo que constituiría, precisamente, la tesis contraria a la sostenida por MASI. Y éste es precisamente el otro aspecto que conviene destacar de la observación arriba transcrita de dicho autor. No es que aquí se propugne como método de trabajo el de prescindir de cualquier dato que pueda proporcionar el texto mismo; precisamente puede afirmarse lo contrario: no merece hoy el calificativo de ciencia romanística la que no opere analizando todos los aspectos del texto estudiado. Y esperamos que la solución que aquí se propone para el problema de la condición, que, por su entidad, es objeto de estudio separado, en esta tesis, se ajuste y se desprenda totalmente de la letra misma del texto veronés. Pero, desde un punto de vista metodológico general tampoco puede prescindirse de los datos o conocimientos firmes, por el mero hecho de que éstos no sean expresamente aludidos en el texto concreto

to que se está examinando. Esto, además, se impone de una manera particular en el estudio de Gayo, 3,146, = en el que la explicación que se nos proporciona de la calificación adoptada (arrendamiento, o compraventa)= no sólo se ha revelado insuficiente, sino más bien desorientadora en orden a asentar sobre ella unas bases pacíficamente admitidas para resolver el enigma que = en él se plantea a la ciencia romanística.

Desde este punto de vista, puede decirse que en este caso, más que en otros, la solución del problema planteado depende, pues, del análisis de fondo de = las relaciones sustantivas que aquí se contemplan. (Ello, naturalmente, siempre que las conclusiones obtenidas = no estén en contradicción con el texto mismo).

En estas condiciones el argumentum e silentio que cabría deducir del hecho de que en el manuscrito= veronés no figura una explícita alusión a la retroactividad de la condición, aun siendo ésta decisiva (en el pensamiento de los autores mencionados) para la acertada solución del problema, carecería totalmente de valor, si esa eficacia retroactiva viniera impuesta por otros argumentos.

Y, en verdad, el recurso de la retroactividad de la condición constituye un agudo y fino expediente =



inteligentemente empleado para salir sutilmente del callejón sin salida a que, como hemos visto, abocaba la construcción de la compraventa como sometida a la condición suspensiva de la muerte (o lisiamiento) de los gladiadores en las posturas de SECKEL-LEVY y HAYMANN. Ya con anterioridad había afirmado BESELER (127) la existencia de condiciones con eficacia retroactiva en el fragmento que nos ocupa. Pero para él las condiciones son dos y afectan tanto al arrendamiento como a la compraventa y su retroactividad viene a resolver otros problemas (128), mientras que en las construcciones de GROSSO, CALONGE y MASI y acaso también en la de THOMAS la eficacia retroactiva de la condición sólo afecta al caso de la compraventa (129); como a la compraventa sólo afecta la condición en las teorías de HAYMANN y SECKEL - LEVY, aunque éstos no se pronuncien por la retroactividad. Y ~~es~~ el recurso a la retroactividad está motivado no sólo por la necesidad de determinar el carácter de la traditio desde que tiene lugar su celebración hasta que terminan los juegos, es decir, mientras permanece indeterminada su causa, sino también por la imposibilidad de aceptar que puedan ser objeto de la compraventa considerada los gladiadores muertos en la lucha, esto es, sus cadáveres, que no son, como hemos visto, una cosa comerciable.

Principalmente después de los estudios de CALONGE (130) y MASI (131), a los que hay que añadir = la doctrina ya apuntada por ALVAREZ SUAREZ (132) e IGLESIAS (133), no puede decirse que constituya hoy = un obstáculo para admitir la operatividad de una condición con eficacia retroactiva en Gayo, 3,146 "quello = che è per noi ~~eson~~ palabras de ARANGIO-RUIZ-- l'inconcusso principio romano dell'irretroattività" (134), principio muy arraigado antes en la generalidad de la doctrina (135) y que se esgrimió como argumento en = contra de la postura que estamos estudiando ahora.

Mas, si por una parte es cierto que contra = ella no puede objetarse hoy de una manera apriorística y despreocupada la existencia de un principio general de irretroactividad de las condiciones en el derecho = clásico (sino que será necesario analizar detenidamente la retroactividad o irretroactividad, caso por caso); y, si también es cierto, por otra parte, que con la = construcción defendida principalmente por GROSSO Y CALONGE se logra desde un punto de vista técnico-jurídico, salvar los inconvenientes que presenta la indeterminación del carácter de la traditio (136) mediante = la retroacción de la eficacia de su causa (a parte de la posible aplicación de los medios jurídicos generales de protección de las relaciones jurídicas condicionales

pendente condicione), también es cierto que respecto del otro problema que se trata de resolver con tal expediente (suplir la falta de idoneidad del objeto de la compraventa contemplada, retrotrayendo los efectos de la misma a un momento en que tal falta de idoneidad no existiría), no carece dicha construcción de algún aspecto susceptible de crítica.

Ya se ha elogiado antes el recurso a la operatividad de una condición con eficacia retroactiva = como sutil expediente dirigido a encontrar una solución coherente y armónica para los complejos problemas planteados por Gayo, 3, 146. No se puede objetar a las posturas de GROSSO Y CALONGE la observación que cabe oponer a las visiones de PRICHARD (137) o de THOMAS (138) de que "el razonamiento tiene con frecuencia la finalidad de hacer persuasiva una conclusión que espontáneamente parece justa... Y por esto el jurista, de un modo expeditivo, se limita a invocar razones de equidad" (139). Al pensamiento de GROSSO y de CALONGE es más adecuada esta otra observación de BIONDI: "La fina dilaética de los juristas romanos no se pierde en lo abstracto, sino que tiene la finalidad de llegar a un resultado que parezca justo. Se trata de la búsqueda ... de razonamientos que hagan parecer convincente lo que intuitivamente aparece justo (140), y ello

porque "la esencia del derecho ... quiere aproximar el razonamiento jurídico a las exigencias prácticas" (141). Mas, también cabe aplicar a la construcción que estamos examinando ahora de los citados maestros lo que BIONDI decía respecto de los prudentes romanos: "los juristas son habilísimos en deducir consecuencias de las premisas, pero no sacan todas las consecuencias que lógicamente se podrían deducir" (142). Y es que en la consideración de la existencia de una condición con eficacia retroactiva en el caso que contemplamos ofrece unos aspectos que no han sido puestos de relieve, a pesar de su importancia y de las consecuencias que pueden implicar.

Cierto que mediante el recurso a la retroactividad de la condición se allanan las dificultades inherentes a la consideración de los cadáveres de los gladiadores como cosas comerciables, consideración que se impone en cuanto que vienen a constituir el objeto de un contrato de compraventa; cierto que con el recurso a la retroactividad de la condición permanece intacta la consideración doctrinal de los cadáveres humanos como no comerciables, sin que, por ello, resulte disminuida en lo más mínimo la eficacia de la compraventa de los gladiadores muertos, considerada en Gayo, 3, 146. Pero precisamente todas ~~estas~~ circunstancias constituyen la

finalidad que, como puso brillantemente de relieve von IHERING, persigue la técnica jurídica (143) cuando recurre al empleo de la ficción (144).

Desbordaría los límites naturales de este trabajo un intento de terciar en la polémica sobre la precisión del concepto de ficción (145). Por ello, aun a riesgo de sacrificar el rigór histórico-jurídico emplearemos aquí el concepto de ficción comúnmente admitido, que puede también considerarse como "concepto amplio" y que coincide con el que LEGAZ precisa en éstos términos: "una ficción ...es una construcción a la que se asigna un valor hipotético e instrumental subordinado a su aptitud para facilitar una concepción jurídica o para provocar una realidad deseada e inexistente, considerada = preferible a la actual" (146). Con ello no se hace sino seguir la orientación general de la doctrina, pues "los romanistas suelen partir en sus investigaciones de este concepto amplio de ficción, considerando como supuestos de ficciones casos en que sólo se trata de asimilaciones o equiparaciones efectuadas en la aplicación extensiva o análogica de reglas y principios jurídicos" (147).

La retroactividad de la condición en Gayo 3, 146 respeta en la forma la condición jurídica no comer



ciable del cadáver humano, que, en un plano puramente teórico, no se vé afectada por el empleo de tal medio técnico-jurídico. Pero ello sólo es posible a condición de configurar el supuesto de hecho de manera distinta a la que tiene en la realidad (148).

En las construcciones de HAYMANN y de SECKEL-LEVY el cumplimiento de la condición de la que depende la compraventa deja paradójicamente a ésta sin objeto idóneo (pues el cadáver de los gladiadores no puede ser objeto de una compraventa) y, por consiguiente, = provoca su nulidad. En la construcción de GROSSO y CALONGE esto no sucede, pues en el momento de cumplirse la condición, ésta despliega su eficacia retroactiva, por virtud de la cual la compraventa deviene perfecta ab initio, esto es, con anterioridad a la celebración de los juegos, es decir, cuando los gladiadores aún = no han muerto y constituyen, por consiguiente, un objeto perfectamente idóneo para cualquier eventual compraventa (149). Puede decirse que, en realidad, no hay recurso técnico-jurídico más sencilllo para allanar semejante dificultad. Más, como dijo von IHERING, "en réalité, rien n'est plus simple que les fictions" = (150). Considerar que la compraventa tiene por objeto gladiadores vivos en lugar de gladiadores muertos es, en el fondo, una "mentira técnica consagrada por la = necesidad" (151) ya que el recurso técnico a la efica

cia retroactiva de la condición no es, en realidad, más que un expediente para remover un obstáculo que no puede superarse (152).

La finura jurídica y la sutil habilidad dialéctica con que ha sido expuesta y defendida contribuyen de manera eficaz a que se presente como extremadamente seductora la tesis de la existencia de una condición con eficacia retroactiva en Gayo, 3, 146. Pero, si se permite emplear aquí un lenguaje más bien propio de ejemplo escolar, la voluntad negocial que, según nos informa Gayo, fué calificada por la jurisprudencia como una emptio-venditio podría expresarse, según la teoría que vé en ella la existencia de una condición con eficacia retroactiva, en una proposición del tenor de la siguiente: "te compro, los gladiadores vivos, si se mueren", o sea, "te compro los vivos, si dejan de estar vivos"; y, supuesto el cumplimiento de la condición: "te compro los vivos cuando estén muertos", o, lo que quizás fuera más adecuado al propio texto (aunque no a la teoría que estamos examinando, pero sí dentro de su orientación): "te compro los muertos cuando estaban vivos".

En cualquier caso, la construcción que ha querido solucionar los problemas planteados por Gayo 3, 146 mediante el recurso a la retroactividad de la condición

ha ido demasiado lejos olvidando una cuestión muy importante, por lo que sigue siendo válida contra ella la objeción que podía hacerse a las contrucciones de HAYMANN y de SECKEL-LEVY. Porque, si la compraventa que se considera en el fragmento se encuentra sometida a la condición suspensiva de la muerte (o lisiamiento), sólo puede perfeccionarse con la muerte de los gladiadores --o con su lisiamiento-- en el combate (acontecimientos que suponen el cumplimiento de la condición). La retroactividad de la condición podrá producir la consecuencia de = que esa compraventa, una vez perfecta, surta sus efectos con anterioridad al momento de su perfección. Pero, si en el momento en que se produce su perfección, la = compraventa debe ser nula (por falta de idoneidad en = el objeto), no puede hablarse de una compraventa que = despliegue sus efectos con carácter retroactivo, simplemente porque no puede hablarse de una compraventa eficaz, sino de una compraventa nula; y una compraventa nula no puede ser una compraventa con eficacia retroactiva.

No puede decirse que "en el momento de cumplirse la condición, la compraventa deviene perfecta, pero ab initio, necesariamente ... por el efecto retroactivo de la condición" (152 bis). Efectivamente, la compraventa se perfeccionará en el momento de cumplirse la = condición, pero sólo entonces. Y sólo entonces, es de-

cir, cuando nos hallemos ante una compraventa perfecta, podremos plantearnos el problema de la retroactividad o irretroactividad de su eficacia. Pero, si el acontecimiento que debe producir su perfección, debe determinar al mismo tiempo su nulidad, entonces no podemos hablar de compraventa perfecta, sino de compraventa nula, y un negocio nulo no puede producir efectos retroactivos.

La formulación más elaborada, más acabada y = más perfecta de la tesis que sostiene la operatividad de una condición con eficacia retroactiva en el texto que estamos comentando pone ella misma de manifiesto, = en su modo de expresarse, el punto más débil de esta = construcción. Ciertamente que en el momento de cumplirse la condición es cuando el negocio condicional deviene perfecto, pero sólo en ese momento. "Devenir perfecto pero ab initio"; "devenir ab initio" es algo que podrá imponerse en el ámbito de la técnica jurídica por razones de conveniencia práctica; es algo que podrá considerarse como una realidad preferible a la actual, para facilitar una concepción jurídica; pero es también algo que no corresponde a la naturaleza de las cosas tal como = éstas son en realidad; puede ser también una suposición del jurista que provoca una realidad deseada e inexistente, figurándose las cosas de una forma distinta de su forma propia, "para establecer en su consecuencia = cierta disposición que, de otro modo, parecería repugnante" (153).

Y repugnante es, como antes se ha visto, para la =
mentalidad romana y para la ciencia jurídica emanada de ella,
que resulten ser objeto de un contrato de compraventa los =
cadáveres de los gladiadores muertos en el juego. Y la ficción
en que descansa la teoría que vé en dicha compraventa un nego-
cio sometido a una condición con eficacia retroactiva está ==
en aplicar a los cadáveres de los gladiadores la regulación =
propiamente aplicable a los gladiadores vivos, o si se quiere,
en considerar vivos a los muertos. Porque la voluntad negocial
se orienta de tal modo que sean considerados empti-venditi =
precisamente los gladiadores muertos y precisamente porque re-
sultan muertos, o, si se quiere, porque no resultan vivos (y
al menos, porque no salen de los juegos integri en el caso =
de los debilitati). La emptio-venditio de Gayo, 3, 146 tiene
por objeto gladiadores muertos, no gladiadores vivos; ni si==
quiera gladiadores vivos si resultan muertos, o gladiadores=
vivos cuando estén muertos. Y esa emptio-venditio se perfec-
ciona en el momento en que los gladiadores mueren, no en un
momento anterior. Considerar lo contrario es figurarse el su-
puesto de hecho bajo una forma distinta a la que es propia =
de él; que es otro de los rasgos característicos de la fic-==
ción jurídica (154). Y, si se entiende que la compraventa =
"deviame perfecta, pero ab initio" y que esto sucede "necesa-
riamente", esa necesidad sólo puede ser aquella que consagra
la mentira técnica en que, según la gráfica expresión de von
IHERING, consiste la ficción (155) .

La tesis de la retroactividad de la condición da a los gladiadores muertos el tratamiento que corresponde a los gladiadores vivos, y a los gladiadores vivos, el que corresponde a los gladiadores muertos. Lo primero sucede en cuanto que, retrotrayendo la eficacia de la compraventa a un momento anterior a la muerte de los mismos, dicho contrato viene a tener como objeto a los gladiadores que han muerto pero cuando estaban vivos, operando así un cambio en el objeto del contrato que realmente está constituido por los gladiadores muertos. Lo segundo sucede en cuanto que, orientándose la voluntad negocial a que sean objeto de la emptio-venditio los gladiadores que resulten muertos en los juegos, la teoría de la retroactividad considera objeto de dicha compraventa a los gladiadores vivos. Y la posible objeción de que el objeto de la compraventa estaría constituido por los gladiadores vivos, pero desde el momento en que tuvo lugar la traditio (por la operatividad de la eficacia retroactiva de la condición), mientras que la muerte (o lisiamiento) no constituirán más que el acontecimiento en que consiste la condición, resultaría falaz. En efecto, el "acontecimiento futuro e incierto" de que los gladiadores resulten muertos en los juegos no puede considerarse como un acontecimiento determinante sólo de la eficacia, o de la entrada en vigor, del negocio, pero tan desligado del objeto del mismo como los tradicionales ejemplos "si navis ex Asia venerit", o "si Titius consul factus fuerit". Por el contrario, la muerte de los

gladiadores en la arena es un acontecimiento necesario para la perfección del negocio, pero tan íntimamente ligado a la existencia de su objeto que, si tal acontecimiento no se produce, ciertamente el negocio no producirá ningún efecto, mas ello no será como consecuencia del incumplimiento de la condición a que hubiera estado sometido, sino que, precisamente, no surtirá ningún efecto por falta de objeto; y no de objeto idóneo, sino de objeto, a secas. Es esta íntima unión que = existe entre la muerte de los gladiadores y la determinación del objeto del negocio la que impide desligarlos del modo = en que quedan desligados en la teoría que vé en Gayo, 3, 146 la existencia de una compraventa sometida a una condición = suspensiva dotada de eficacia retroactiva.

Por eso, adelantando conclusiones, se puede decir = ya que en esta tesis se sostiene que la muerte de los gladiadores no constituye ninguna condición suspensiva de la compra- = venta, sino que es, simplemente, una cláusula cuya finalidad consiste en determinar el objeto de la prestación en el negocio que la jurisprudencia romana calificó, según nos informa Gayo, como una emptio-venditio.

Aunque, como ya se ha dicho más arriba, no puede = hoy rechazarse la existencia de la eficacia retroactiva de = una condición alegando la existencia de un supuesto dogma = inconcuso de la irretroactividad de la misma en el derecho = romano clásico, sino que será necesario analizar en cada ca-

so si ella tiene lugar, o no, no parece, sin embargo superfluo recordar aquí cómo en el pensamiento de von IHERING = existe entre la ficción y la eficacia retroactiva, al menos en apariencia, una cierta analogía (156). Pero que en este caso la existencia de una ficción en la teoría que trata de resolver los problemas planteados en Gayo, 3, 146 a través de la retroactividad de la condición, no sea una mera apariencia, parece suficientemente argumentado con las consideraciones precedentes.

Hay, otro texto atribuido a Gayo que se nos ha = transmitido en Dig. 20,4,11,1 procedente del liber singularis de formula hypotecaria (157) en el que también se ha considerado la existencia de una condición con eficacia retroactiva (158). Pero, tratándose de la retroactividad de la condición, tal apreciación no es, naturalmente, unánime. Así, = ARCHI (159), entiende que en este fragmento nos hallamos ante un caso claro de fictio iuris y que el efecto retroactivo en él mencionado se producirá en tanto "in quanto perinde = habetur ...". Ciertamente esta expresión (perinde ac) ha sido considerada como claro indicio de la existencia de una = ficción (160). ARCHI sostiene la existencia de una principio general de irretroactividad de las condiciones en el derecho clásico y selecciona el citado fragmento de Gayo porque, considerando (en contra de un considerable sector de la doctrina (161) como genuino en el fondo, aunque retocado quizá

por los compiladores, pero sólo para abreviarlo (162), trae argumento de él en favor de su tesis, ya que -dice- "della fictio iuris non vi è bisogno là dove vige come norma la retroattività" (163). La crítica, como se vé no afecta sólo a Dig., 20,4,11,1 sino que tiene un alcance mucho más amplio. Pues, bien, al ocuparse CALONGE del fragmento mencionado, en el que por su parte ve un caso claro de retroactividad de la condición, considera, naturalmente, la opinión de ARCHI y toma postura respecto de ella con las siguientes palabras: "No parece segura la disquisición terminológica planteada por ARCHI, puesto que el concepto de retroactividad, como sabemos, no fué elaborado por los juristas romanos, sino que éstos se limitaron a aplicarlo en determinados casos, por lo que no parece posible que hubiera una clara diferenciación entre retroactividad y fictio iuris; antes al contrario, parece haber una aproximación, puesto que la retroactividad únicamente indica que una vez cumplida la condición -y como por una ficción jurídica- se supone contraído el negocio puramente" (164).

De este modo, CALONGE no contradice la crítica de ARCHI a la retroactividad de la condición en Dig., 20,4,11,1, sino que, asumiéndola en su propia magnitud, viene a aceptar que todos los supuestos de retroactividad pueden basarse, de un modo u otro, en la existencia de una ficción o de un recurso semejante y de esta manera, parece ir quizá mas allá de Ihering.

Pero el hecho de que los juristas romanos no elaborasen el concepto de retroactividad, sino que se limitasen a aplicarlo en determinados casos, no nos autoriza a confundirlo o a equipararlo con el de fictio iuris, por más que de este último tampoco se nos haya conservado (sin duda porque tampoco fué elaborada) ninguna definición, aunque de la existencia del término y de la perfección técnica en el adecuado empleo del mismo, nos han transmitido las fuentes abundantes testimonios (165). Por lo demás, no sería éste el único caso en que los romanos manejan una institución o un determinado medio técnico-jurídico sin mencionar su nombre, o sin proporcionarnos un concepto claro y definido de ellos (166). Pero de éste privilegio de los juristas romanos no parece que deba participar la ciencia romanística actual, que debe esforzarse por deslindar los campos propios de cada uno de ellos y por formular expresamente las diferencias que los separan, en la medida en que ésto sea posible. Semejante tarea, por lo que se refiere a las relaciones entre retroactividad y fictio iuris, excedería, evidentemente, de los límites de esta tesis (167).

Que exista una aproximación entre retroactividad y fictio iuris es algo que no se discute aquí y a lo que ya se ha aludido antes. El mismo modo de expresarse de los autores, sin duda no intencionado, lo pone de manifiesto. Así, por ejemplo, ALVAREZ SUAREZ, que, como ya se dijo,

(168), no descarta por principio la retroactividad de la =
condición en el derecho clásico, la define diciendo que =
"los derechos que nacen al cumplirse la condición deben con
siderarse como si hubieran nacido en el momento pretérito
..." (170), expresión que trae espontáneamente al recuerdo
la célebre "Philosophie des Als Ob" de Hans VAHINGER, tan
estrechamente ligada a la teoría de las ficciones (171). =
Pero no se debe dar a estos modos de hablar más valor del
que realmente tienen: ciertamente entre la retroactividad
y la ficción parece haber una aproximación (que es lo que
en puridad afirma CALONGE) y esta aproximación se produce
encuanto que la retroactividad tiene lugar "como por una
ficción jurídica"; es decir, guarda con ella una cierta =
analogía. Lo cual, naturalmente, no excluye que la retroac
tividad pueda introducirse por la vía de una ficción, pero
ello no debe considerarse decisivo en punto a relaciones en
tre ficción y retroactividad, porque la ficciones un recur
so extraordinario y que puede servir, además, para introdu
cir otros muchos efectos, distintos de la retroactividad.

Pero la idea de que la retroactividad de la condi
ción únicamente indique "que una vez cumplida la condición
... se supone contraído el negocio puramente" no parece =
exacta. Entendemos más bien (172) que el negocio condicio
nal es un negocio complejo que para llegar a ser eficaz de

be integrarse en todos sus elementos. Lo más lógico será, desde luego, que su eficacia no tenga lugar hasta que la integración total del negocio no se haya producido, es decir, la solución más lógica será la de la irretroactividad. Pero, siendo el negocio condicional un negocio complejo, lo que llamamos retroactividad únicamente indica que el negocio deberá surtir sus efectos desde que se produjo el primero de los elementos que lo integran, (y ello porque este elemento es considerado no sólo como el primero, sino también como el principal)(173), aunque ello sólo suceda a partir del momento en que se integre el negocio con el último de dichos elementos. Pero, para ello no es necesario recurrir a la ficción, pues este mecanismo puede justificarse "con riguardo al valore preponderante che, nella fattispecie complessa, assume il negozio = rispetto al fatto dedotto in condizione: il quale deve = solo alla disposizione delle parti la sua efficacia operativa" (174).

A cuál de los elementos que constituyen el negocio complejo deba otorgarse prioridad en el sentido arriba indicado es una cuestión que deberá determinarse a través de una interpretación de la voluntad negocial, pero que también puede venir expresamente indicado por las partes. Esto es lo que parece tener lugar en Dig. 45,1,64:

"Huiusmodi stipulatio interposita est: 'si Titius consul factus fuerit, tum ex hac = die in annos singulos dena dari spondes?' post triennium condicio extitit: an huius temporis nomine agi possit, non inmerito dubitabatur. Respondit eam stipulationem utilem esse ita, ut in eorum quoque annorum, qui ante impletam condicionem intercesserint, praestatio in id tempus collata intellegatur, ut sententia eius sit talis: tunc cum Titius consul factus fuerit, in annos singulos, etiam praeteriti temporis habita ratione, dena praestentur". (Africano, VII, quaest.) y

y en Dig. 45,1,126,pr:

"Si ita stipulatus fuero: 'si Titius consul factus fuerit ex hac die in annos = singulos dena dare spondes?' post triennium condicione existente triginta peti poterunt" (Paulo, II quaest.),

donde no se vé la operatividad de ninguna ficción y donde, sin embargo se ha defendido también la existencia de una = condición con eficacia retroactiva (175).

En otros casos puede decirse -siguiendo a BETTI- que el hecho ulterior que viene a resolver una situación =

jurídica compleja, no haya sino "esplicato l' energia del fatto anteriore" (176).

Por otra parte, un sector de la doctrina romanística que se ha esforzado en elaborar un concepto estricto de ficción frente a otros medios técnico-jurídicos semejantes ha llegado a la conclusión de que la fictio iuris es un recurso que en el derecho romano se introduce por vía = de imperio (177) y que, por esta razón queda fuera del alcance de la jurisprudencia, pues, ésta, que es fuente de = derecho en base a su sola auctoritas, carece de imperium. Y de esta conclusión también se ha traído argumento contra la opinión de ARCHI en el sentido de que en Dig. 20, 4, 11, 1 con más propiedad que de fictio iuris, cabría hablar de extensión análogica, "como delata la construcción perinde ac" (178).

Sin ánimo de entrar aquí en el significado y el sentido de dicha construcción, ni en el concepto de ficción o de extensión análogica con que se opera en las Instituciones de Gayo, parece, sin embargo, oportuno recordar -aunque sólo sea incidentalmente- un conocido fragmento de las mismas donde, en un excursus motivado con ocasión del furtum manifestum y de la búsqueda lance licioque, se emplea la expresión proinde atque con referencia a una construcción que no tiene ninguna relación con la extensión = análogica jurisprudencial, pero que constituye, sin embargo, un caso claro de fictio iuris introducida por la ley:

" ... Neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur = sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter uel homicida sit. At illud sane == lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum uel adulterium uel homicidium admisisset, quamvis nihil = eorum admiserit". (Gayo, 3, 194).

Pero la significación de la expresión perinde ac y otras similares, y la existencia, o no, de una ficción = en Dig. 20,4;11,1, sólo nos interesan aquí en la medida en que, con motivo de esos problemas, se han suscitado cuestiones de más amplio alcance, que tienen una repercusión directa sobre las relaciones generales entre retroactividad y = fictio iuris en el derecho romano (179), especialmente con vistas a examinar si en el caso concreto que se está examinando aquí puede apreciarse, o no, la existencia de una = condición con eficacia retroactiva en el caso de los gladiadores y si ello implica, o no, que la jurisprudencia romana pudiese servirse de la ficción o de la extensión analógica, o tuviera que hacerlo, para introducir la calificación que, según se nos informa en Gayo, 3, 146, magis = placuit.

Pero, planteada la cuestión de la relación entre

retroactividad, ficción y extensión analógica jurisprudencial en los términos en que viene planteada, puede pensarse que se trata en realidad de una disquisición terminológica que para nada afecta a los términos reales del problema que estamos examinando.

D'ORS, por ejemplo ha afirmado que "la jurisprudencia ... no puede acudir a la ficción, aunque obtiene = los mismos resultados por vía de equiparación analógica = ("proinde ... ac" y formas similares") (180) y en parecidos términos se pronuncia GARCIA GARRIDO (181), al que D'ORS se remite.

Pero por nuestra parte y respecto de lo que aquí interesa, conviene, sin embargo, destacar que, por muy amplia que fuera la libertad de actuación de los jurisconsultos romanos en su labor creadora de derecho, la jurisprudencia romana llevó a cabo su interpretatio creadora con una estrecha vinculación a la lógica (182). Y, por más que las peculiaridades propias de los métodos romanos para la búsqueda del derecho (183) y, por más que el sistema lógico = seguido por cada jurisconsulto pudieran imponer no pocas = variantes en los tipos de argumentos y de razonamientos empleados (184) no puede negarse que la extensión analógica, o analogía, es un tipo de razonamiento lógico que tiene sus límites en la propia lógica, límites que no pueden suprimirse, aunque puedan ampliarse por razón del carácter creador

y no meramente interpretativo (en el sentido moderno) de la actividad jurisprudencial romana. Mas, para que pueda haberse de analogía es preciso que exista entre los casos considerados análogos una semejanza, y no una semejanza cualquiera, sino una semejanza relevante, semejanza relevante que la doctrina jurídica tradicional ha individualizado y definido desde su consideración de la analogía como instrumento de integración de las lagunas de la ley- bajo el término de ratio legis, o bajo aquél otro de ratio iuris (185), más próximo a la técnica de los juristas romanos. Pero, ni una ni otra existen en el caso que estamos contemplando; antes al contrario, cuerpo humano vivo y cadáver se presentan en las fuentes romanas más bien como cosas antitéticas; y a una ratio distinta obedecen cada una de las normas o grupos de normas que se refieren a cada uno de ellos, al menos en lo que a su comerciabilidad se refiere, según se expresó anteriormente al hacer referencia a la condición jurídica del cadáver.

El problema que se plantea en Gayo, 3, 146 respecto de la comerciabilidad de los gladiadores es simplemente el de subsumir un caso concreto en el supuesto de hecho de una norma clara y explícitamente expuesta en Dig., 45,1,103, (correspondiente a Modestino) y por el propio Gayo en el fragmento 97 del mismo libro III de sus Instituciones (186), como normas de un ius constitutum incontrovertido. No se plan



tea, pues, un problema de búsqueda o de creación de la norma; se plantea, simplemente, un problema de aplicación de una norma ya existente al caso por ella contemplado.

No parece, por tanto, que pueda hablarse en este caso de una eficacia retroactiva de la condición introducida por la jurisprudencia a través de una extensión analógica (tanto en el sentido que dió a ~~esta~~ expresión la tradición romanística como en aquel en que cabe aplicarla a los métodos mismos de la jurisprudencia romana). Un razonamiento distinto podría ser totalmente válido, pero escaparía al calificativo de analógico.

En cualquier caso, sentado el principio general de la condición no comerciable del cadáver en los términos antes vistos, no parece verosímil que la jurisprudencia romana hubiese decidido introducir, a través de la calificación que se nos transmite en Gayo, 3, 146 una nueva norma "contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem"(187), posibilidad que también se ha dudado por algunos autores que estuviese al alcance de la jurisprudencia romana (188). Creemos más oportuno en este caso recordar que las peculiaridades de la elaboración casuística de las normas no nos imponen prescindir de la idea de coherencia y aun de sistema en la elaboración jurisprudencial romana y que "no hay que olvidar que los juristas elaboran y manejan cuidadosamente estas normas ya de por sí flexibles, de modo que no

choquen unas con otras" (189).

Tampoco parece que pueda abonar la tesis de la retroactividad de la condición en Gayo, 3,146, sino más bien = todo lo contrario, el argumento que puede traerse de dos = fragmentos del Digesto atribuidos a Paulo: Dig., 18,1,34,2 y Dig., 45,1,83,5.

El primero de ellos dice así:

"Liberum hominem scientes emere non possumus. Sed nec talis emptio aut stipulatio = admittenda est 'cum servus erit', quamvis dixerimus futuras res emi posse: nec enim fas est eiusmodi casus expectari" (Dig. 18,1, = 34,2, Paul., 33 ad edictum).

Del segundo, dada su gran extensión y su referencia a cuestiones que no son propias de esta sede, extraeremos lo que aquí nos interesa:

"Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri et usibus publicis in privatos usu reverti et ex libero = servus fieri potest. ... adeo enim, cum liber homo promissus est, servitutis tempus expectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit 'illum, cum servus =

esse coeperit, dare spondes?' ... et casum
adversamque fortunam spectari hominis liberi
neque civile neque naturale est ...". (Dig.,
45, 1, 83, 5, Paul., 72 ad edictum).

Verdad es que ambos textos han sido presa fácil pa-
ra la más acendrada crítica interpolacionísta, pero también
es verdad que dicha crítica ha fundado sus sospechas de inter-
polación en razones puramente estilísticas o formales, acep-
tando, sin embargo la clasicidad del fondo de ambos fragmen-
tos, e, incluso de la fundamentación misma de la decisión (190).
Particularmente significativa a este respecto es la opinión
de VASALLI, uno de los mayores críticos de la pureza de los
dos fragmentos, especialmente en la parte de ellos que aquí
nos interesa (191). Este autor, refiriéndose a ambos textos
y a Inst., 3,19,2, donde se nos presenta una stipulatio con-
cebida en términos idénticos (192), dice "No sabríamos negar
la clasicidad del principio afirmado en estos textos" (193),
si bien, en cuanto a lo que aquí nos interesa de los fragmen-
tos de Paulo arriba reproducidos, entiende que "la forma, =
pero nada más que la forma vuelve sospechoso también el pe-
ríodo precedente 'et casum-naturale est'; que tiene parale-
lo exacto en el otro fragmento paulino recogido en el títu-
lo de contrahenda emptione. También aquí la forma hace sos-
pechar de todo el período 'sed nec - exspectare' ('talis';
'fas' fuera de su uso técnico ...).- Todo esto no excluye

que la intervención compilatoria se limite a la inserción = del principio en lugares donde originariamente no estaba y a la adición de las motivaciones de la invalidez. A favor de la invalidez hay obvias razones morales y de orden público = que puede haber sentido también la jurisprudencia clásica" (!) (194).

Y, siendo prácticamente unánime la doctrina respec = to a la clasicidad del fondo de ambos fragmentos (y no sólo del principio en ellos enunciado, sino incluso de su funda = mentación, en cuanto que no sólo se admite que ésta pueda = ser clásica en el fondo, sino que tampoco se aducen motivos de peso en contra de dicha clasicidad), puede traerse de = ellos argumento en el sentido de que, si no es lícito conce = bir una stipulatio o una compraventa en tales términos que = ellas tengan por objeto una cosa que no es comerciable en = el momento de celebrarse la stipulatio o la compraventa, == (las cuales, sin embargo, deberán surtir sus efectos cuando llegue, y, si es que llega a ser comerciable su objeto), me = nos aún podrá concebirse una compraventa que, teniendo por = objeto una cosa que, en el momento de celebrarse dicha compra = venta, es comerciable, no lo vaya a ser en el momento en que ella se perfeccione. Es decir, si no se admite la compraven = ta de una cosa no comerciable sometida a la condición de que llegue a ser comerciable, mucho menos podrá admitirse la == compraventa de una cosa comerciable, sometida a la condición de que llegue a ser no comerciable (195). Y, si no es lícito

especular con la caída en esclavitud de un hombre libre, ¿cómo ha de ser lícito especular con la muerte de un == hombre vivo? Probablemente no sólo cualquier justiniano, sino también cualquier clásico estaría dispuesto a afirmar que ésto último nec fas est, neque civile neque naturale est.

Más adelante se estudiarán con detenimiento la causa y la finalidad que persigue el negocio. Pero entendamos que lo que se quiere comprar son precisamente los == muertos, y no cuando estaban vivos, sino cuando están == muertos y precisamente porque no están vivos (ni integri). Precisamente los que resultan vivos (e integri) son los = que quedan excluidos de la emptio-venditio y resultan = ser el objeto de un contrato de arrendamiento. Aquí conviene, en todo caso, destacar que, aun cuando la voluntad comercial se orientase a comprar los gladiadores vivos cuando están muertos, o a comprar los vivos, si se mueren; ésto = es, a realizar una compraventa de los gladiadores vivos = que deba desarrollar su eficacia desde el momento en que se llevó a cabo la traditio, pero sometida esa compraventa a la condición suspensiva del perecimiento de los mismos en la lucha gladiatoria, en los términos en que concibe el negocio la doctrina que sostiene la existencia aquí de una condición con eficacia retroactiva, tal voluntad = comercial sería radicalmente contraria a los principios =

por los que en esta materia se guió la jurisprudencia romana; y dudamos de que ella estuviera dispuesta a dotar de eficacia a una voluntad negocial semejante. En todo caso, para hacerlo habría necesitado recurrir a la creación de un ius singulare, hipótesis a la que no creemos necesario dedicar más espacio = en esta sede.

Después de las consideraciones anteriores parece, = pues, poder concluirse aquí que la construcción que quiere re= solver el problema planteado por Gayo, 3,146 mediante el re= curso a la operatividad de la eficacia retroactiva de una con= dición a la que estuviera sometida la compraventa que allí se considera, aunque resuelve muchos de los problemas planteados por dicho texto, no resulta adecuada, sin embargo, para resol= ver uno de los más importantes, el que ahora nos ocupa, que = es el de la falta de idoneidad del objeto de dicha compraven= ta, el cual, necesariamente, viene a estar constituido por los cadáveres de los gladiadores muertos en los juegos. Este pro= blema sólo puede ser resuelto mediante la citada construcción a condición de alterar, o bien el supuesto de hecho, o bien = la norma que debería serle aplicable, por lo que no parece que deba considerarse como una solución apta para resolver los pro= blemas planteados en el texto que aquí se está examinando.

Creemos, por tanto, que, a pesar de los intentos de solución hasta ahora expuestos, subsiste y sigue sin resolver el problema de la falta de idoneidad de los cadáveres de los gladiadores muertos en el juego para ser objeto del contrato de compraventa considerado en Gayo, 3,146.

5.1.2.- La idoneidad de los auctorati

Sin embargo, respecto al problema de la idonei-
dad del objeto del contrato de compraventa que se está =
examinando, no sólo se han planteado problemas ~~con~~ oca- =
sión del carácter no comerciable del cadáver en el dere-
cho romano. Así, en torno a ello, también se ha suscita-
do cuestión respecto de aquellos gladiadores que no fue-
ran esclavos, sino auctorati.

Una postura negativa respecto a este punto só-
lo tendría sentido desde la perspectiva doctrinal que vé
en el auctoramentum únicamente un caso de arrendamiento =
de servicios (196). En este sentido decía KRUECKMANN que
"... nicht alle Gladiatoren Sklaven waren, also nicht =
'verkauft' wurden ..." (197) y, argumentando contra las =
posturas de HAYMANN y de SECKEL-LEVY sobre la aplicación
a Gayo, 3,146 de las teorías de éstos sobre las relaciones
de la traditio y el tránsito del riesgo en la compraventa,
decía también que hay en ellas una suposición totalmente
arbitraria: "dass, die Fechter, also auch die in Dienst-
vertrag stehenden freien Personen, dem Spielgeber tradiert
würden" (198). Pero el argumento que de aquí podría traer-
se no constituiría una objeción digna de tenerse en cuen-
ta, pues es hoy opinión pacíficamente admitida (199) que el
auctoramentum confiere al lanista sobre el auctoratus una
potestad cuasi-dominical, por virtud de la cual éste viene
a constituir como un elemento activo del patrimonio de =

aquél, del que el lanista puede disponer libremente; al menos sí parece que pueda hacerlo mediante un contrato de compraventa (200).

Otro problema, sin embargo, se podría plantear respecto de la idoneidad de los auctorati para ser objeto de la venta considerada en Gayo, 3, 146. Y es el de que, aun cuando los auctorati puedan ser libremente vendidos por el lanista, como la compraventa de que aquí se está tratando sólo se perfeccionaría en el momento en que dichos auctorati hubieran muerto, el lanista ya no tendría sobre ellos ninguna potestad que le permitiera venderlos, habida cuenta de que la situación nacida con el auctoramentum se extingue con la muerte del auctoratus (201). Y con ello se extinguiría también su condición comerciable y un contrato de compraventa del que constituyeran el objeto resultaría nulo, según se desprende de Dig. 18, 1, 34, 2 y Dig. 45, 1, 83, 5, que, en cuanto a lo que aquí interesa, han sido reproducidos y comentados más arriba (202). No debe olvidarse este aspecto, que no es tan irrelevante como pudiera parecer, al quedar aparentemente desplazado, o subsumido, a efectos prácticos, por el más general de la falta de idoneidad de cualquier cadáver para ser objeto de dicho contrato.

5.1.3.-La idoneidad de otras clases de gladiadores.

Aun podría argumentarse en la línea de pensamiento de KRUECKMANN que se acaba de exponer, que ni siquiera todos =

los gladiadores no esclavos serían auctorati, pues había también quizá personas libres que se dedicaban a ese oficio arrendando a tal fin sus servicios sin celebrar ningún auctoramentum (203). Pero, evidentemente, de esta circunstancia no puede traerse argumento contra la idoneidad del objeto de la compraventa contemplada en Gayo, 3,146, ~~p~~ pues en el citado fragmento no se dice en ningún momento = que se trate de los gladiadores que no podrían ser vendidos, sino que se dice simplemente/^{que} se trata de gladiadores. Y, existiendo clases de gladiadores (los esclavos y los = auctorati) que podían constituir sin ningún impedimento el objeto de un contrato de compraventa, nada nos autoriza a suponer arbitrariamente que los gladiadores del caso que estamos contemplando pertenecieran a una clase distinta; = precisamente, a la clase de los gladiadores que no se podrían vender. Porque, para resolver el problema del texto, hemos de atenernos al supuesto de hecho descrito en el mismo, sin alterarlo, ni introducir en él precisiones arbitrarias que sólo conducen al absurdo.

5.2.-Consideraciones sobre los gladiadores que resulten = debilitati

Por último, no podemos dejar de mencionar otro ~~+~~ problema planteado por el objeto de la emptio venditio de que se habla en Gayo, 3,146.

Se ha aludido hasta ahora a los problemas que se plantean por razón de la idoneidad del objeto cuando se entiende que éste ha de estar constituido por los cadáveres de los gladiadores muertos en los juegos. En el texto veronés, sin embargo, se nos informa de que la jurisprudencia consideró que también debía entenderse que constituían objeto de dicha emptio-venditio aquellos que "debilitati fuerint". Y, en verdad, este otro criterio para la determinación del objeto de la emptio-venditio también plantea sus problemas.

El sentido de la palabra debilitare es el de "herir, estropear, mutilar" (204), pero esto no arroja mucha luz sobre el alcance exacto de la expresión gayana, que viene a resultar bastante imprecisa. Evidentemente, no puede = abarcar a todos los gladiadores heridos, incluidos aquellos que hubieran sufrido una herida de poca importancia, de la que pudieran reponerse en pocos días (algo semejante, por = ejemplo, a las lesiones leves de nuestro Código Penal vigente); pero tampoco puede comprender sólomente a aquellos que pudiéramos considerar hoy como "mutilados" en sentido estricto, jurídico, o filológico común, pues los que hayan sufrido una lesión permanente, no constitutiva de mutilación en = sentido estricto, deberán considerarse, sin duda, como = "debilitati". La traducción más exacta sería, pues, la más imprecisa: "lisiados", "inválidos". Pero, ¿qué decir, por = ejemplo, de aquellos que se vieran temporalmente afectados

por una lesión curable, que les impidiera, sin embargo, participar en unos próximos juegos gladiatorios, en los que = hubieran tomado parte, de haber salido ilesos de la competición a la que se refiere el convenio contemplado en Gayo, 3,146? ¿Se considerarían éstos debilitati, o integri? y ¿Quién debería soportar según dicho convenio, la pérdida que implica la incapacidad temporal que impide participar en una competición, pero que permite, sin embargo, tomar parte en las sucesivas?.

Puede pensarse que el alcance exacto de la expresión "debilitati" sería cuestión importantísima en la práctica, llegado el caso de tener que determinarlo, en un litigio concreto, pero carecería ahora de relevancia por no afectar a la naturaleza jurídica de la relación, que es lo que aquí se estudia. Y en este sentido, "nihil hoc ad nos, ad Ciceronem" podríamos decir nosotros, como hacía Aquilio Galo "si quis ad eum quid tale rettulerat, ut de facto quaereretur" (205). Pero interesa, sin embargo, destacar que el alcance de la expresión debilitati incide directamente (aparte de la importancia que en sí misma pueda tener) en uno de los aspectos jurídicos de fondo suscitados con ocasión del planteamiento gayano, a saber, la duración de la situación de indeterminación de la relación jurídica existente. En efecto, si, ni siquiera inmediatamente después de los juegos puede saberse qué gladiadores han de considerarse debilitati, entonces, ni siquiera in-

mediatamente después de los juegos podrá saberse cuál es el contrato que se considera celebrado, por lo que, ni = siquiera la terminación de los juegos acabará con la = situación de incertidumbre creada por la indeterminación de la causa de la traditio a que se aludía al principio = de este capítulo.

Por otra parte, quizá no sea tampoco muy absurdo pensar que debilitatus pudiera ser un concepto propiamente jurídico. No debe olvidarse que la damnatio ad gladium se pronunciaba precisamente contra aquellos condenados = que fueran jóvenes y disfrutaran de aptitudes físicas = para la lucha gladiatoria (206) y que antes de aceptar = la professio de un aspirante a auctoratus el tribuno ante el que había de celebrarse debía examinar, aparte de su = edad, su vigor y resistencia físicos (207). Evidentemente, los gladiadores a que se refiere Gayo en 3,146 ya eran = gladiadores, pero en el sentido antes indicado, puede pensarse que las condiciones físicas de cada gladiador no = fueran jurídicamente irrelevantes con vistas a su intervención en los juegos posteriores. Desgraciadamente, el texto del Senatusconsultum de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis se interrumpe, en los documentos que han = llegado hasta nosotros, en el momento en que se va a hacer referencia a los gladiadores (probablemente a los auctorati) que vuelven a la arena en peores condiciones físicas que = aquellas en que comenzaron: "is quoque qui senior atque inhabilior suam demuo..." son las últimas palabras que figu

ran en los bronceos de Itálica. No sabemos lo que diría = acerca de ellos el Senadoconsulto, pero probablemente les fijaría una tarifa más baja (208). En cualquier caso, el Senadoconsulto contempla una categoría de gladiadores (probablemente sólo de auctorati) en la que, entre otros casos, está comprendido aquél que vuelve a la lucha en peores = condiciones físicas (inhabilior). Naturalmente, el valor = de los gladiadores pertenecientes a esta categoría sería = menor que el de aquellos que estuvieran en la plenitud de sus facultades. Y en el caso de que la expresión debilitati de Gayo, 3,146 pudiera ponerse en relación con ella (lo que no parece inverosímil, pues evidentemente, el debilitatus = será en algún modo Inhabilior) podría considerarse que el = lanista y el organizador de los juegos de que nos habla Gayo en el fragmento que estamos comentando, no habrían hecho = referencia a una vaga incapacitación o invalidez de los luchadores entregados, sino a su inclusión, como consecuencia del resultado de los juegos, en una determinada clase de = gladiadores, jurídicamente establecida, -- al menos por el Senadoconsulto.

6.-Planteamiento gayano

Hasta aquí se han mencionado algunos de los problemas más importantes que pudieran suscitarse con ocasión de la calificación --arrendamiento, o compraventa-- aplicada por la jurisprudencia al convenio celebrado entre el = lanista y el organizador de los juegos privados. Ahora parece oportuno llamar la atención (aunque aquí se hará muy

brevemente) sobre el planteamiento mismo que lleva a esa calificación y sobre los términos en que se nos presenta el supuesto de hecho calificado. Porque, si las consecuencias de tal calificación resultan más bien sorprendentes, los supuestos que llevan a ella pueden considerarse también relativamente anómalos.

En primer lugar hay que destacar que la opinión jurisprudencial no se inclina simplemente y de una manera tajante y definitiva por uno de los dos contratos entre los cuales se duda (arrendamiento o emptio-venditio), como sucede por ejemplo, en 3,145 y en 3,147, fragmento éste último donde la mayoría de la jurisprudencia, rechazando la opinión de Casio, aplica una calificación única, definitiva, tajante e inamovible a cada uno de los supuestos de hecho allí contemplados y descritos. Si la cuestión se planteara en estos términos, Gayo, 3,146 no presentaría ninguna anomalía en el aspecto que está considerando ahora. Pero no sucede así. La jurisprudencia califica el convenio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos como potencialmente constitutivo, a la vez, de un contrato de arrendamiento y de uno de compraventa respecto de los mismos gladiadores (209). Naturalmente, una cosa no puede ser a la vez dos cosas y finalmente sólo desplegará su eficacia uno de los dos contratos: en último término se entenderá que el convenio celebrado constituye un contrato de

arrendamiento respecto de los gladiadores que salgan ilesos y un contrato de compraventa respecto de los que mueran o resulten debilitati.

Sin embargo, la doble calificación que se nos transmite en Gayo 3,147 es semejante, pero no idéntica a la que se nos transmite en 3,146.

En efecto, en 3,147, según la opinión de Casio, un sólo convenio recibe la doble calificación de arrendamiento respecto de la obra realizada (210) y como compraventa respecto de los materiales empleados (en este caso, el oro). Pero hay que destacar que en esta calificación = cada uno de los contratos tiene, ab initio, un objeto distinto, mientras que en la calificación que se nos transmite en 3,146, hasta que no se conozca el resultado de los = juegos, la doble calificación recae sobre el mismo objeto: todos los gladiadores, o cualquiera de ellos. De este modo, o el convenio se considera constitutivo de dos contratos que tienen a la vez el mismo objeto, o se considera que el contrato no se perfecciona hasta que no se conozca el = resultado de los juegos, en cuyo caso, el convenio no es = constitutivo, hasta ese momento, de ningún contrato.

Además, desde el punto de vista del planteamiento del problema en sede de contratos consensuales, los términos de la calificación casiana transmitida en 3,147 no ofrecen ninguna anomalía, pues desde el momento de celebrarse el

convenio se conoce ya la naturaleza del contrato celebrado, siendo el único problema que se plantea el de subsumir los términos de aquél en la causa típica de uno u otro de los = tipos mencionados. Contrariamente a ésto, el planteamiento de 3,146, aun llevado a cabo en sede de contratos consensuales, no permite conocer ab initio la naturaleza del contrato celebrado, incluso una vez que la jurisprudencia se ha = pronunciado ya sobre el tipo consensual en que cree poder = subsumir los términos del convenio contemplado, sino que = será necesario, según dicho planteamiento, esperar a conocer el resultado de los juegos gladiatorios para poder saber = qué negocio ha sido llevado a cabo.

Pero la calificación definitiva del mismo, se dice en el manuscrito veronés, ex accidentibus apparet. Y hay que reconocer que el hecho de que la calificación jurídica de un convenio se haga depender de las contingencias de un juego gladiatorio resulta, cuando menos, sorprendente.

Este recurso a tan desacostumbrado criterio para la calificación, ha llevado a GANDOLFI a aducir el texto = que nos ocupa en apoyo de la afirmación de que "solo in caso di ambiguità era consentito ricorrere all'esame di circostanze estrinseche, allo scopo di accertare quale significato, frai i vari attribuibili, l'interprete dovesse ricollegare alle parole o locuzione non chiare" (211). Por el momento, sin embargo, conviene dejar constancia de que la in

interpretación de GANDOLFI no parece la más adecuada al texto estudiado, aunque, aparentemente, pueda encontrar apoyo, al menos en la letra, del mismo Gayo, 3,146. El hecho de que, como consecuencia de las contingencias del juego, unos gladiadores se consideren como objeto de un contrato de arrendamiento y los otros como objeto de un contrato de compraventa, no quiere decir que la voluntad negocial no esté = claramente expresada, o contenga ambigüedades tales que sea preciso recurrir a circunstancias extrínsecas para poder = alcanzar su verdadero contenido. Antes al contrario, la voluntad del lanista y del organizador de los juegos viene = expresada con una claridad meridiana en Gayo, 3,146: por cada uno de los gladiadores que salgan de los juegos integri, éste deberá pagar a aquél veinte denarios; por cada uno de los que mueran, o resulten debilitati, mil. El problema que se plantea no es el de averiguar el exacto contenido de la voluntad negocial, sino el de dar una calificación jurídica. Más adecuada a la operatividad decisiva del evento posterior constituido por el resultado de los juegos parece la consideración del convenio estudiado como un negocio complejo, que sólo se integra plenamente en todos sus elementos constitutivos con el desenlace de los juegos gladiatorios; y en este sentido resultaría mucho más adecuada al texto la consideración de la existencia en el mismo de un negocio condicional, incluso de un negocio condicional en el que inter

viniera una condición con eficacia retroactiva. Esta hipótesis, sin embargo, ya ha sido analizada en páginas anteriores (212), en las que también se han expuesto las razones por las que, igual que sucede con la hipótesis de GANDOLFI, parece preferible rechazarla.

Más adelante se expondrá la interpretación y explicación que se propone en este trabajo para la necesaria operatividad de las contingencias del juego gladiatorio, interpretación que quizá sea mucho más sencilla y natural y ponga de relieve la inexistencia de tal ambigüedad en la declaración de voluntad negocial existente entre el lanista y el organizador de los juegos y, por consiguiente, la falta de necesidad de recurrir a circunstancias extrínsecas = para la interpretación de la voluntad negocial en este caso.

Sin embargo la alusión gayana a las contingencias del juego gladiatorio, como circunstancia posterior de la = que depende la calificación jurídica definitiva del negocio realizado, puede quizá sugerir o suscitar otros problemas y plantear otras dificultades.

En efecto, el hecho de hacer depender la calificación del convenio de una circunstancia posterior, como = son las contingencias del juego gladiatorio, parece, a primera vista contradictorio con lo que el mismo Gayo acaba de expresar pocos fragmentos antes. Así, en 3,146 se nos informa de que la duda jurisprudencial oscila entre la califica-

ción del convenio como una locatio-conductio o como una emptio-venditio, pero locatio-conductio y emptio-venditio son, según dice el propio Gayo en el fragmento 135 del mismo libro III de sus Instituciones, contratos consensuales, o más exactamente, modos mediante los cuales las obligaciones se contraen consensu, y de ellos se nos dice en 3,136 que

istis modis (scil. emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis; 3,135) consensu dicimus obligationes contrahi quia ... sufficit eos qui negotium gerunt consensisse.

Los términos de in idem placitum consensus del lanista y del organizador de los juegos se nos describen con el suficiente detalle en 3,146. A tenor de 3,136, ellos deberían ser suficientes para llevar a cabo inmediatamente una calificación definitiva e inamovible del negocio realizado; y, sin embargo, en 3,146 se nos dice que esta calificación apparet de las contingencias del juego gladiatorio. ¿Sufficit consensisse?, ¿no se trata de escoger entre emptio-venditio y locatio-conductio?

En este mismo orden de ideas parece conveniente = destacar también, junto al extraño carácter de la alternativa arrendamiento/emptio-venditio, otra circunstancia que no contribuye en absoluto a aclarar, sino que más bien ha = venido a oscurecer el planteamiento del problema de calificación propuesto en Gayo, 3,146.

Como se viene repitiendo hasta la saciedad, en este fragmento se plantea un problema de calificación contractual de un convenio celebrado entre un lanista y el organizador de unos juegos privados. Pero, en el manuscrito veronés los términos de este convenio se exponen acompañados de una circunstancia cuyo alcance puede ser discutible: gladiatores ea lege = 'tibi tradiderim' ut ... Si se trata de un problema de calificación planteado en sede de contratos consensuales, en el que la cuestión se centra en la elección entre uno de dos tipos de contratos consensuales (emptio-venditio, o locatio-conductio), ¿por qué se hace intervenir en el supuesto la realización, ya consumada, de una traditio de los gladiadores?.

Puede pensarse con PRICHARD (213), que se trata de una traditio condicional que en caso de muerte o lisiamiento de los gladiadores y, por consiguiente, de calificación del negocio como compraventa, convertiría al organizador de los juegos, ahora comprador, en propietario bonitario de los gladiadores muertos, (con las oportunas consecuencias en cuanto a gastos de funeral, etc.).

Puede también pensarse que, en realidad, dicha traditio no es una traditio en sentido técnico y coincidir con HAYMANN (214) en que la traditio contemplada en el texto no tiene más finalidad que la de conceder sobre los gladiadores al organizador de los juegos la disponibilidad mínima necesaria para facilitar el cumplimiento de la condición constituida por el resultado (que HAYMANN reduce al perecimiento (215) en la lucha gladiatoria).

Puede entenderse, con KRUECKMANN(216) que el hecho de que se haya realizado una traditio (es de entender en = sentido técnico) cuyo objeto esté constituido por los gladiadores, incluso por los gladiadores que no sean esclavos, es una suposición totalmente arbitraria y que la finalidad de los juegos gladiatorios puede alcanzarse perfectamente sin necesidad de esta traditio, que califica de totalmente inútil y plenamente superflua.

Pero, a la vista del extraño carácter de la calificación y de su mismo planteamiento, y de las anómalas = consecuencias que comporta (que se han puesto de relieve en las páginas anteriores); a la vista también de los problemas que plantea el anómalo estado de incertidumbre originado por la indeterminación de la causa a que obedece la traditio (al que también se ha aludido en las páginas anteriores)(217); puede pensarse que, tal vez, la traditio mencionada en Gayo, 3,146 no sea algo tan superfluo y anodino como opinan los = autores arriba mencionados, sino una circunstancia de mucha más trascendencia para la protección procesal o la existencia del negocio realizado. En este sentido, puede también coincidirse con la orientación adoptada por BIONDI, para = quien "il fatto che il rapporto si pone in essere mediante traditio dimostra che a rigore non poteva inquadrarsi nello schema della vendita che si conchiude consensu" (218).

También puede pensarse que la realización de dicha traditio no altera absolutamente en nada los términos

del problema, en orden de su planteamiento en sede de contratos consensuales, pues, en definitiva, como ha dicho = GROSSO, "se in pratica la conclusione del negozio può = esplicarsi nell'adempimento di una delle prestazioni , ..., si é avuto in concreto un di più, cioè l'immediata esecución de una delle parti, ma ciò non tocca il sufficere ... consensisse, nella configurazione del contratto tipico" (219). Este es, precisamente, el sentido en que interpreta SOLAZZI la traditio mencionada en Gayo, 3,146.(220).

En Gayo, 3,145, donde se expone el caso ^{de los} predios municipales que in perpetuum locantur no se hace intervenir ninguna traditio. Y la expresión final del fragmento quamdiu vectigal praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi eius praedium auferatur, que parece presuponer la tenencia del predio por el concesionario (o su heredero) no autoriza a presumir la necesidad de ninguna traditio para la perfección del contrato (que fué calificado = por la jurisprudencia romana como una locatio-conductio, según nos informa Gayo en ese mismo fragmento).

En 3,147, en cambio, sí se hace intervenir una entrega, precisamente en el supuesto que viene calificado por la jurisprudencia como locatio-conductio: Atqui si meum aurum ei'dedero' mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.



Pero, si bien es verdad que esta mención expresa de la entrega del oro "lascia intravedere l'avvicinamento alla = locatio-conductio -(¿operis u operarum?)- della fattispecie del do ut facias"(221), tampoco puede olvidarse que en el = resto del fragmento (también en palabras de GUARINO (222)) = "Gayo expone correctamente la cuestión en términos de contrato meramente consensual". Sólo al exponer los términos de la última variante que considera en el caso del encargo de los anillos, menciona expresamente la entrega del oro. Pero, tampoco tiene nada de particular que el sabiniano Gayo, al referirnos la opinión mayoritaria (223) con que la jurisprudencia viene a zanjar una divergencia de opinión entre Casio y Sabino en materia de locatio conductio operis (224), destaque el elemento que sirve precisamente para inclinar la calificación en un sentido o en otro en el caso comentado y tenga especialmente presente la opinión de Sabino, que, al cabo, es la que prevaleció, pues, según el testimonio de Pomponio,

Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuum vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem = videri, nec posee ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter = atque si aream darem, ubi insulam aedificares, = quoniam tunc a me sustantia proficiscitur" (Dig., 16,1,20).

Pero, sobre esta cuestión se volverá también mas adelante.

7.- Genuidad de Gayo, 3, 146.

Para la interpretación del fragmento no puede, sin embargo, prescindirse aquí de una importante cuestión que = también ha sido objeto de opiniones divergentes, sostenidas en algún caso con cierto ardor polémico: el carácter genuino o alterado del texto.

Prescindiendo de opiniones como la de KNIEP, para quien todo el texto constituiría un añadido postgayano, es = indudable que una parte del fragmento, al menos la última, ha proporcionado motivos para tomar en consideración la pureza del texto.

Hay, además en 3,146 una innecesaria repetición = de un quaeritur (item quaeritur, si gladiatores ... quaeritur utrum emptio et venditio ...) por lo que el primero de ellos que sigue al item que inicia el fragmento se viene = considerando como un glosema ya desde GOESCHEN (225).

Por otra parte, en el inciso final (idque - rell.) se observan también en el manuscrito veronés dos irregularidades estilísticas: se lee allí venditione "an" locatione y res "veniri" aut locari possint. Ambas palabras entrecomilladas son sustituidas por comentaristas y editores por las de aut y venire, respectivamente (226). Ha de estimarse con la generalidad de los autores que se trata de indiscutibles = irregularidades. Pero traer argumento de ellas contra la =

genuinidad del texto, como hacen KNIEP y SOLAZZI (227) no parece suficientemente fundado. Resulta, en cambio, convincente la explicación que ofrece CALONGE (228), según el cual es muy probable que se deban a un error de copista. Este podría haber confundido el aut por el an, confundido por la proximidad con que en el mismo fragmento se emplea -esta vez correctamente- la expresión venditio an locatio al plantear la cuestión "utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur". Por lo que se refiere a la otra palabra (veniri) como indica también el maestro español, es muy probable que, por eufemismo con locari el copista escribiese veniri en lugar de venire.

Por otra parte, parece que se trata de pequeñas incorrecciones que, por sí solas, no justifican la consideración del texto como adulterado o postgayano. Y en último término tampoco podría afirmarse de una manera absoluta que el an, indiscutiblemente incorrecto, no hubiera salido de la pluma de Gayo.

Problemas más importantes se han planteado, sin embargo, respecto de la segunda parte del fragmento: desde idque hasta el final. Pero aquí hay que distinguir tres posturas: la que considera postgayano todo el fragmento a partir de idque (229); la que no estima genuino idque ... apparet (230); y la que limita el presunto glosema a iam enim - possint (231). Son numerosos, naturalmente los autores que, por el contrario, consideran puro todo el texto a

excepción de las citadas alteraciones de aut por an y de venire por veniri y del primer quaeritur.

Sin embargo, a excepción de PEROZZI (232), que sospecha desde idque hasta el final del fragmento, pero no expone ninguna razón en apoyo de ello, la mayoría de los argumentos empleados para defender el carácter postgayano de = todas las partes citadas del fragmento se basan fundamentalmente en razones de fondo, y no puramente formales o estilísticas, por lo que muchas veces obedecen a la idea que cada autor se ha hecho de lo que Gayo debería decir, o a la = interpretación del texto que propone el autor que propugna la existencia del glosema.

En bastantes casos se considera la posibilidad = de la existencia de un glosema, pero sólo se discute la genuinidad de aquella parte del texto que resulta de una utilidad más directa para la interpretación que propugne el autor de que se trate.

Tampoco parece que pueda considerarse de peso la objeción de SOLAZZI (233), quien quiere traer argumento = contra la genuinidad de la última parte del texto del hecho de que en ella se emplee venditione y locatione (tamquam = sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione) en lugar de emptio et venditio, locatio et conductio, que son las que se emplean en la primera parte del texto. Parece =

más bien que debe coincidirse con CALONGE en que no constituye éste un argumento suficiente para afirmar la alteración del fragmento, pues, se trata de una terminología relativamente frecuente en Gayo, como ha demostrado el maestro español con la cita de un número suficiente de fragmentos de este jurisconsulto, pertenecientes unos a las mismas Instituciones, recogidos otros en el Digesto, en los que se emplea esta misma forma de expresión (234).

Mas, si estas objeciones puramente formales o estilísticas no resultan suficientemente convincentes, tampoco parece que deban considerarse tales las objeciones de fondo que se han argüido contra la genuinidad de esta segunda parte del fragmento.

Así, SOLAZZI (235), para quien idque - possint corresponde totalmente a un glosema postgayano, aduce, además de los ya mencionados, los siguientes argumentos de fondo.

Piensa que idque - apparet representa una advertencia banal, y aún estima que, si fuese genuino debería leerse apparere, en lugar de apparet, como creía HUSCHKE (236). Entiende que en toda esta segunda parte del fragmento se opera con un falso concepto de condicio (argumento sobre el que se volverá más adelante al tratar de los problemas que plantea la condición) y considera, además, que todo el razonamiento que se contiene en idque - possint, ni pertenece a Gayo, ni a la jurisprudencia clásica. En este sentido argumenta que en 3,145, donde se trata también de la familiaritas

existente entre la locatio conductio y la emptio venditio, con ocasión del problema planteado por la res in perpetuum locata, en las Instituciones de Gayo se nos transmite escuetamente la calificación jurisprudencial sin más explicaciones: "sed magis placuit locationem conductionemque esse". Piensa SOLAZZI que, del mismo modo, en 3, 146, Gayo debería haberse limitado a transmitir escuetamente la calificación jurisprudencial para el caso de los gladiadores, sin añadir más explicaciones, sobre todo cuando la explicación que se da, adolece para SOLAZZI de los defectos antes indicados.

Sin embargo, toda esta argumentación del romanista italiano no resulta plenamente convincente.

Que Gayo hubiera podido limitarse a transmitirnos escuetamente la noticia de la calificación jurisprudencial es algo indiscutible y que estaría en la línea de la tradición jurisprudencial romana; pero que no lo hiciera y que, como consecuencia de ésto, pueda traerse argumento de la diferencia existente entre los fragmentos 145 y 146 para considerar como un glosema aquello que no corresponde a un exacto paralelismo entre ambos, no parece plenamente válido.

Debe tenerse presente que, si bien la exposición de ambos fragmentos está motivada por la familiaritas existente entre la emptio venditio y la locatio conductio, no existe entre 3, 145 y 3, 146 un paralelismo absoluto.

En efecto, en el fragmento 145 el problema que se plantea es el de calificar como arrendamiento o como compraventa el convenio por el cual se cede una cosa -como por ejemplo, los predios de los municipios- con la lex de que ni el cesionario ni su heredero podrán ser despojados de la cosa mientras satisfagan la contraprestación correspondiente, consistente en el pago del vectigal. ¿Arrendamiento, o compraventa? Para los efectos que aquí interesan eso es igual. Se trata de subsumir la finalidad que se persigue con dicho convenio en la causa de un contrato típico. Que la semejanza (familiaritas) que existe entre la locatio conductio y la emptio venditio planteará a la jurisprudencia romana problemas de calificación es una noticia que indiscutiblemente se nos transmite en este fragmento. Pero, una vez resuelta la dificultad práctica que plantea la calificación, la subsunción de la finalidad económico-social que persigue el convenio en la causa típica de uno u otro contrato consensual, los problemas terminan. La jurisprudencia duda acerca de si la causa del convenio debe subsumirse en la de uno o en la de otro de ambos tipos contractuales. Se inclina por uno de ellos y con su decisión se resuelve todo el problema planteado. Dicho convenio queda calificado como constitutivo de un contrato típico de locatio conductio. Con ello se disipa la duda existente y la posibilidad de considerarlo constitutivo de un contrato típico identificado como emptio venditio queda definitivamente excluí-

da. Cada vez que en lo sucesivo se celebre un convenio = semejante, por un lado, ya se sabe -desde la perspectiva gayana- que cada una de las partes asumirá las obligaciones del locator y la otra las del conductor y, por otro, el estudioso del derecho romano tiene a su disposición = un dato más para distinguir la emptio venditio de la locatio conductio. Pero, en todo caso, el único problema que plantea a la jurisprudencia romana el convenio celebrado es el de su tipificación. Resuelto este problema en el = sentido de la locatio conductio no hacen falta más explicaciones.

El caso de los gladiadores, en cambio, presenta una problemática mucho más compleja. Dicho convenio se estima por la jurisprudencia digno de protección y en este sentido plantea un problema de calificación semejante al del fragmento 145. La jurisprudencia resuelve: en unos = casos, locatio conductio, en otros emptio venditio. Pero con ésto no queda agotada la problemática planteada en = Gayo, 3, 146. En efecto, la causa del convenio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos no queda subsumida por la calificación jurisprudencial en la causa típica de un contrato o de otro, sino, a priori en la de ambos; sólo que, después, ex accidentibus, a posteriori, = desplegará su eficacia únicamente uno de ellos, y se entenderá que unos gladiadores (qui integri exierint) serán objeto de una locatio conductio y otros (los muertos y = los debilitati) de una emptio venditio.

Hay que coincidir con SOLAZZI en que la problemática contenida en ambos fragmentos se expone con motivo de la familiaritas existente entre los tipos contractuales de emptio venditio y de locatio conductio y en que en ambos casos la jurisprudencia adoptó una decisión que Gayo nos transmite. Pero la semejanza existente entre ambos fragmentos no va mucho más allá de esto, y de las implicaciones de la mencionada familiaritas y no parece muy aventurado afirmar que si SOLAZZI hubiera caído en la cuenta == de la complicada problemática planteada en Gayo, 3, 146, quizá hubiera extendido sus sospechas de alteración a todo el fragmento.

Porque, entre las muchas anomalías que éste contiene hay que destacar aquí la de que la causa de un solo convenio, de un solo acto -para seguir la clasificación = de ALVAREZ SUAREZ de los elementos (esenciales) del negocio jurídico (237)- viene a subsumirse a priori en dos = causas distintas correspondientes cada una a un contrato típico distinto.

Y cuando se viene a decir que una sola cosa (el convenio) es a la vez dos cosas. (locatio conductio y emptio venditio), contratos que se perfeccionan por el simple consensus, (es decir, en este caso desde que existe el = convenio), pero que finalmente sólo llega a desplegar la

eficacia propia de una sola de estas dos cosas, ciertamente, no resulta superfluo, ni extraño, ni sospechoso, un comentario explicativo, o al menos, orientador. Y que la advertencia que se haga en el comentario sea banal, o que pueda parecerlo, es una cuestión distinta.

Además, SOLAZZI, ha tenido en cuenta el fragmento 145, pero ha olvidado el 147 que, evidentemente, obedece a la misma problemática que los dos que le preceden. Y en 3, 147, Gayo nos transmite la noticia de dos calificaciones distintas para el caso de los anillos encargados al joyero: la de Casio y la contraria de la mayoría de la jurisprudencia.

Pero, si es cierto que la opinión de Casio se nos transmite escuetamente y sin ninguna motivación, también es cierto que ésto no puede decirse con carácter absoluto de la otra calificación. La jurisprudencia entiende que hay compraventa si el oro es del joyero; arrendamiento, si meum aurum ei dederit mercede pro opera constituta. La decisión no puede considerarse "motivada", pero, junto a la noticia de ella, se nos da también la noticia del criterio que la inspira, cosa que no sucede con la noticia de la opinión de Casio, que se nos transmite de una manera absolutamente escueta e inmotivada. Y, sin embargo, hay que destacar que la opinión "más motivada" del fragmento 147 es precisamente la que guarda más relación con =

3, 145, mientras que la de Casio es más semejante a la de 3, 146, (238), desde la perspectiva que se acaba de destacar en los párrafos anteriores. Puede pensarse que la opinión de Casio es considerada carente de interés al haber sido desechada por la mayoría de la jurisprudencia. No parece que deba creerse, ni tampoco que sea ésta sede para tratar esta cuestión. Pero, si la opinión más semejante a la adoptada en 3, 146 es rechazada en 3, 147 por la mayoría de la jurisprudencia, entonces resulta aún más necesario explicar de alguna manera la opinión adoptada en 3, 146 (239).

, No se desprecia aquí la opinión de SOLAZZI a propósito del contenido de esta segunda parte del fragmento. Al contrario: su opinión sobre el concepto de condicio con que en él se opera se analiza más adelante al estudiar los problemas que plantea la condición. Pero no conviene confundir aquí cuestiones distintas; y una cosa es la conveniencia o el carácter sospechosamente supérfluo de una motivación para la calificación transmitida en Gayo, 3, 146, y otra el contenido mismo de la motivación. Parece que no es éste el momento de estudiar dicho contenido, pero sí el de argumentar que, dada la naturaleza del problema que se plantea, no hay motivos para considerar supérflua una motivación de dicha calificación; más aún si se tiene en cuenta el carácter didáctico que generalmente se atribuye a las Instituciones de Gayo.

Parece, por consiguiente, que las diversas razones que han aducido algunos autores no son suficientes para fundamentar la existencia de un glosema en Gayo, 3,146 y que las dificultades que ofrezca una comprensión total = del texto veronés deben intentar vencerse tratando de armonizar todos los datos que en él se proporcionan, pero no eliminando, mediante el recurso a la existencia de un glosema, aquellos que no puedan acordarse con la interpretación que, a primera vista, pueda parecer más adecuada para el problema que se plantea en el texto.

En este sentido, el concepto de condicio con que pueda operarse en el fragmento que estamos estudiando; el sentido del inciso final im-possint; o lo que pueda tener de extraña la alternativa locatio conductio-emptio-venditio, en los términos en que se plantea en el texto la calificación del convenio realizado, son problemas que deben ser = integrados en una interpretación total del fragmento y ésta es una tarea que se aborda en los capítulos sucesivos. Lo que aquí interesa destacar es que no puede prescindirse despreocupadamente de todos estos elementos que constituyen una parte importante del fragmento y considerar a ésta espuria por el mero hecho de que no se adapte a esquemas = preconcebidos.

Obedece esta actitud a una postura metodológica general de respeto al texto (que, naturalmente, no excluye apriorísticamente la posibilidad de que éste haya podido sufrir alteraciones, glosemas o interpolaciones); y pa

rece que esta actitud ha de informar el estudio de cualquier texto con que se enfrente la ciencia romanística actual; = pero parece también que ha de entenderse con ALBERTARIO, = con el que igualmente coincide en este sentido CALONGE, = que esta actitud de respeto ha de extremarse al máximo en el estudio de las Instituciones de Gayo, que es la obra = que de modo más amplio y genuino ha llegado hasta nosotros con independencia de la obra de Justiniano (240).

En consecuencia, se intentará en las páginas sucesivas proporcionar una interpretación de Gayo, 3, 146 que = no implique la necesidad de considerar como glosemas ninguno de sus incisos y que no se encuentre en contradicción = con ninguno de ellos.

8.- Interpretaciones del texto.

Las cuestiones que se han examinado hasta ahora = ponen de relieve cómo las dificultades y problemas que suscitan el planteamiento gayano del tema y su solución, así = como las consecuencias que de ellos pueden derivarse, no son pocos ni pequeños. Por eso se explica la perplejidad del estudioso al enfrentarse con este texto y la variedad de interpretaciones de que ha sido objeto por parte de la doctrina, así como que ésta se haya ocupado de él en las más diversas sedes.

El estudio profundo de dichas circunstancias en ==

unos casos; en otros la especial atención concedida a alguna de ellas, a veces acompañada de una visión parcial o superficial de los problemas que ofrece el texto, con olvido en ocasiones de la compleja problemática que contiene, ha = llevado a los autores a sostener o sugerir opiniones muy distintas respecto al problema que se plantea en el texto gaya no y a la interpretación del mismo. Porque, si, como se ha visto, existía controversia en la doctrina respecto de los puntos concretos que se han analizado, las divergencias a = la hora de emitir una visión de conjunto acerca del contenido de todo el fragmento son mucho más variadas, tanto en lo que se refiere a todo el mecanismo jurídico que en él actúa, o a sus matices, como en lo que se refiere a una interpretación global de Gayo, 3,146. Y ello se explica fácilmente a la vista de la compleja y polifacética problemática que éste presenta.

Así, las dificultades teóricas y prácticas que el texto suscita han inducido a algunos autores a pensar que = el fragmento que estamos estudiando no refleja, o, al menos, no refleja con exactitud, una calificación llevada a cabo por la jurisprudencia romana, o, al menos, las dudas y polémicas que dieran lugar a la misma, tal como se nos presenta en el manuscrito veronés, donde el quaeritur y el magis placuit parecen indicar que en el fragmento en cuestión se nos transmite la noticia de una duda experimentada por la jurisprudencia romana y de los términos en que ésta la resolvió y, además,

que la resolvió en una época anterior a Gayo, como indican el empleo de un tiempo verbal pretérito y el carácter ya consagrado que la calificación presenta en el fragmento (241). Rechazan, pues, los autores que se van a mencionar a continuación el carácter real del problema o de la explicación dada por Gayo, negando que uno u otra hayan ocupado alguna vez la atención de la jurisprudencia romana con fines de carácter práctico, con vistas a resolver un problema real planteado por la vitalidad del tráfico jurídico.

El representante más resuelto y extremado de esta línea es PRICHARD. Piensa este autor que "parece casi = cierto que el disputadísimo problema planteado por Gayo fuera meramente académico, probablemente planteado por alumnos, pero nunca por litigantes" (242) y que "la cuestión habría sido académica en los círculos jurídicos romanos" (243). Aparte de otros argumentos, basados en la probable sustracción a las normas (materiales y procesales) del derecho común en los litigios con lanistas, a causa de la mala fama de éstos, parece a PRICHARD increíble que la naturaleza de contratos tan antiguos y frecuentes en la Roma imperial como los que tienen par objeto gladiadores estuvieran aún en discusión en la época de Gayo, descansando solamente en el consensus (244). Y piensa que, estando en juego intereses tan importantes, los contratos a ellos referidos no se llevarían a cabo a través de convenios como el que Gayo nos = presenta, sino que se recurriría para su celebración al sig

tema mucho más seguro de una serie de estipulaciones, para la que, incluso, con el progreso del tiempo, existirían también formularios-tipo (245).

A pesar de ello, se presta el autor a seguir el interesante ejercicio académico propuesto por Gayo, cuya = calificación (arrendamiento, o compraventa) acepta plenamente, por entender que la interpretación sugerida es correcta y que, a despecho de las dificultades que pueda suscitar, = "la respuesta es probablemente la que mejor satisfaría a las partes" (246). Probablemente, la construcción más adecuada al pensamiento de PRICHARD para explicar el mecanismo de la calificación arrendamiento-compraventa sea la que ve en ella una relación básica de arrendamiento existente ab initio, = que puede transformarse en una compraventa, que estuviera = sometida a la condición suspensiva de la muerte o lisiamiento de los gladiadores. Este es, al menos, el mecanismo que mejor cuadra con la protección procesal de cuya concesión = se muestra partidario durante el periodo anterior a la terminación de los juegos: la actio conducti ab initio (247) --y ya se ha insistido antes aquí en que no puede desligarse el problema de la protección procesal, del problema de la naturaleza jurídica de la relación protegida--. A pesar de ello, PRICHARD se manifiesta explícitamente contrario a dicha construcción (248). Por otra parte, en este estimulante ejercicio mental (como él califica la reflexión sobre la problemática de Gayo, 3,146), analizando el inciso final del

fragmento, (iam enim - possint) , llega a reflexiones que le llevan a aproximar el supuesto contemplado con cuestiones propias de contratos innominados; pero, concediendo = que, probablemente, la finalidad de este inciso es precisamente la de conducir el pensamiento en esa dirección, = interrumpe su razonamiento aduciendo que ya se ha visto = bastante con ello para demostrar que el caso contemplado no es real (249).

Es lástima que la agudeza de ideas y la riqueza de puntos de vista de que hace gala PRICHARD a lo largo de su estudio, terminen en la afirmación de que es imposible alcanzar una interpretación satisfactoria en el estudio de este fragmento (250). Ello se debe en opinión del autor = mencionado, a que se trata de un problema totalmente irreal y puramente académico, que constituye un "interesting academic puzzle".

Sin embargo, los dos puntos centrales de la interpretación de PRICHARD resultan inaceptables, y con toda razón son abandonados por el resto de la doctrina. Así, en contra del primero de ellos, es decir, en contra del = carácter meramente académico de la cuestión planteada por Gayo, se han pronunciado expresamente ARANGIO-RUIZ (251), CALONGE (252), MASCHI (253), THOMAS (254), e implícitamente todos los demás autores que se han ocupado del texto, entre los que cabe destacar especialmente a MOMMSEN (255),

SOLAZZI (256), D'ORS (257) y MAYER-MALY (258), que se reflejan al texto de un modo que presupone claramente la consideración del mismo como el reflejo de un caso real.

ARANGIO-RUIZ (259) admite, sin embargo, que las dificultades prácticas originadas por el convenio gayano se habrían procurado evitar en la mayoría de los casos dando al negocio el adecuado cauce estipulatorio. La posibilidad de recurrir a este medio es incontestable, pero que él haya sido el más ampliamente empleado, al menos en la época de Gayo, no parece probable. GALONGE, apoyando su opinión en testimonios literarios y en el Senadoconsulto de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis, estima que el supuesto descrito por Gayo "respondía sin duda a una realidad operante en la vida romana al menos desde los últimos siglos de la República, para alcanzar su mayor frecuencia hacia el siglo II del Imperio" (260). En este mismo sentido merece también mención especial la polémica argumentación de THOMAS rebatiendo el mencionado punto de vista de PRICHARD. Entendiendo THOMAS que el convenio descrito en Gayo, 3,146, lejos de reflejar los términos de una disquisición académica, constituiría un negocio muy común (261), se pronuncia contra la forma estipulatoria como cauce normal del mismo en base a tres argumentos: el tratamiento del caso por Gayo en sede de contratos consensuales, precisamente entre los fragmentos 145 y 147 (contratos ciertamente prácticos), para cuya celebración se ha propuesto siempre una forma no estipulatoria; el inte

resante testimonio del So. de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis, contemporáneo de Gayo, que pone de manifiesto el carácter normal de contratos no formales en el tráfico de = gladiadores; y el "concienzudo ajuste de los intereses de ambas partes en el negocio" a que obedecen los términos del convenio descrito por Gayo (262). De esta argumentación, el razonamiento más sólido parece el constituido por la referencia al testimonio del Senadoconsulto. En cuanto al último, la perfecta adecuación a los intereses de las partes de los términos del convenio, no constituye en realidad un elemento de prueba con mucha fuerza de convicción, pues, en verdad, desde el punto de vista de PRICHARD, se podría objetar que sólo depone a favor de la agudeza de quien hubiera planteado la cuestión, o de la decantación de su formulación a través de las discusiones académicas de que hubiera podido ser objeto. Por otro lado, la adecuación de los términos del convenio a los intereses de las partes también es puesta de relieve por el mismo PRICHARD (263). En cuanto al primero de = los razonamientos empleados --el tratamiento en sede de contratos consensuales entre 145 y 147--, si bien es acertado como punto de vista para el estudio del fragmento, no parece, sin embargo, muy convincente como argumento contra la = postura criticada, ni, quizá, concuerde mucho tampoco con = la propia interpretación del texto de THOMAS, de la que = después se hablará.

Por lo que se refiere a la opinión de PRICHARD de

la imposibilidad de alcanzar una explicación satisfactoria a los problemas del fragmento, los intentos llevados a cabo == por la doctrina para conseguirlo hablan por sí solos del contenido de la convicción de los autores, aunque el estado de la cuestión bien pudiera provocar en el autor inglés una es- céptica sonrisa impregnada de "british humour".

También en la misma línea de rechazo de los térmi- nos del contenido del texto veronés, según el criterio amplio que se ha señalado antes, se sitúa SOLAZZI. Adoptando una actitud que, a decir verdad, no resulta sorprendente en él, sostiene este autor italiano que la segunda parte del fragmento, en la que se contiene la explicación, o los criterios orien- tadores para la mejor comprensión de la calificación juris- prudencial, es decir, idque - possint, no es sino un glosema postgayano. Se apoya para ello en razones puramente formales y también de fondo que ya han sido consideradas antes (264). Lo que ahora interesa destacar es que SOLAZZI niega el carác- ter gayano de esta importante parte del texto (265), que constituye prácticamente la mitad del mismo y que es, precisamen- te, la que ha dado lugar a mayores problemas de interpreta- ción. El autor italiano entiende que idque ex accidentibus apparet constituye una advertencia banal (266) y que en el = resto del fragmento se opera con un concepto inaceptable de condicio (267), poniendo, además, de relieve algunos defectos de la consideración del negocio como condicional. Para SOLAZ- ZI la estructura genuina del fragmento debía ser idéntica a la

de 3,145, en que la decisión jurisprudencial no se nos ofrece motivada. Para él, "la lex no expresaba ninguna condicio y la jurisprudencia clásica, con una interpretación típica de la voluntad de los contratantes, decidió que, respecto = de los gladiadores integros, ellos querían el arrendamiento y de los muertos o debilitati, la venta, pero no recurrió = al expediente falso y falaz de la condición" (268). Entiende que toda la parte del fragmento que él reputa como glosema no es más que un razonamiento técnicamente inaceptable = para apoyar una decisión clásica "ya victoriosa sin ficciones ni oropeles" (269). El mecanismo jurídico adecuado para encauzar los intereses contemplados sería para SOLAZZI la = celebración de un contrato de arrendamiento puro y de uno = de compraventa condicionado a la muerte o lisiamiento de los gladiadores, mostrándose coincidente con KRUECKMANN (270) = en que dicho contrato de compraventa vendría a desempeñar la función de un contrato de seguro, "ma il disegno da me immaginato, non è ne di Gaio ne del glossatore, i quali restano fermi al problema dell'alternativa: o locazione o vendita" = (271).

En realidad, la lectura del trabajo de SOLAZZI = puede llevar al convencimiento de que su principal intención (quizá su única intención) no era la de hacer frente al problema planteado en el fragmento, sino la de romper una lanza --otra-- contra la genuinidad del manuscrito veronés (272). En todo caso, o hemos de pensar que SOLAZZI estima, como PRI

CHARD, que es inalcanzable una visión plenamente satisfactoria del problema del texto, o hemos de coincidir con **THOMAS** en que el profesor italiano, en lugar de hacer frente al problema, lo elude, y que quiere resolver las dificultades eliminándolas (273). El método seguido por **SOLAZZI** no parece el más adecuado, para resolver los problemas de un texto. No se niega aquí el valor de las interesantes consideraciones de **SOLAZZI** acerca del problema de la condición en la interpretación de Gayo, 3,146, o de la misma construcción que sugiere para encauzar sin dificultades el negocio planteado, pero negar --con argumentos que no parecen suficientemente convincentes (274)-- la genuinidad de la mitad de un texto, en la que se ofrece una explicación de la calificación adoptada, ofrecer la exposición de un mecanismo jurídico que hubiera podido servir de cauce para resolver el problema planteado en dicho texto, para venir a reconocer que esta exposición tampoco corresponde al planteamiento del texto, dejando la calificación que en él se propone = sin explicación (adecuada o inadecuada) y encomendada a la voluntad (¿irrational?) de los jurisconsultos clásicos, es un planteamiento que probablemente provoca más perplejidad que el del mismo texto veronés, y que, desde luego, ha de = abandonarse si se quiere llegar a desentrañar el sentido de cualquier texto.

Una posición relativamente próxima a la de **SOLAZZI** desde la perspectiva que aquí se ha adoptado es la de **THOMAS**,

quien, sin embargo, niega, por una parte, como ya se ha visto, el carácter meramente académico del problema planteado = por el caso de los gladiadores, y acusa, por otra, al autor italiano de eludir las dificultades suscitadas por el texto. El punto que ofrece en común con SOLAZZI está en negar que = la explicación que se nos ofrece en el fragmento 3,146 pertenezca realmente a la opinión jurisprudencial que en él se == nos transmite. Cree THOMAS (275) que, siendo el negocio que Gayo nos presenta ampliamente común por su carácter práctico, la calificación jurisprudencial como arrendamiento o compraventa habría sido ampliamente aceptada antes de la época de Gayo, pero aceptada por la jurisprudencia sin ninguna motivación, sino aceptada tan sólo por el carácter práctico y equitativo de la solución. Y entiende que la motivación (idque - rell.), lejos de constituir un glosema, como pensaba SOLAZZI, pertenece plenamente a Gayo, pero, bien entendido, a Gayo, = no a la jurisprudencia cuya calificación nos transmite. Es = decir, Gayo, "el jurista académico" habría querido presentar nos una calificación que había sido adoptada por la jurisprudencia a causa de su utilidad práctica, sin motivación alguna, acompañada de un comentario académico explicativo de la misma. Por una parte se pregunta THOMAS si sería realmente sorprendente que Gayo hubiera pretendido presentar la solución del fragmento 146 como contraria a las de los fragmentos 145 y 147; y por otra parte supone que Gayo recurrió para comentar esta calificación a la analogía con las condiciones (con lo que parece, pues, negar, como SOLAZZI, la operatividad de

una verdadera condición en este caso). Para justificar el recurso a la condición arguye THOMAS la elaboración doctrinal de las mismas por Juliano, última cabeza distinguida de esa escuela sabiniana a la que Gayo dice pertenecer, y el empleo por el mismo Gayo en otros casos de la analogía con las condiciones para justificar principios ya pacíficamente establecidos, y se remite, además, a una serie de textos relativos a compraventas y arrendamientos concurrentes sobre un mismo objeto (276). Así, pues, según THOMAS, problema práctico, solución práctica y real y explicación académica genuina de Gayo. No podemos olvidar, sin embargo, que THOMAS se muestra partidario de la protección ab initio mediante la acción de arrendamiento, en base a criterios de practicidad, (277) y no parece necesario repetir aquí lo que ya se ha dicho en cuanto a las consecuencias de dicha protección en la calificación = de la naturaleza de la relación protegida (278).

Ciertamente THOMAS no elude el problema del mismo modo que lo hacía SOLAZZI: por eliminación de la dificultad, calificando de espuria la parte del fragmento que presenta = más obstáculos; pero tampoco la hace frente de una manera total. La "explicación académica dada por Gayo" no desempeña = en definitiva en el pensamiento del autor inglés ninguna utilidad para la comprensión de la construcción jurídica contemplada en el fragmento, y, de este modo, puede decirse que queda convertida de hecho en una advertencia banal, "tan inútil como inocua ... para apoyar una decisión clásica ya victorio-

sa sin ficciones ni oropeles" (279), viniendo en último término, de este modo, a coincidir con la posición de SOLAZZI.

Por otra parte, la afirmación de que la explicación académica sea propia de Gayo constituye también una afirmación peligrosamente equívoca. Si con ello se quiere decir que no constituye más que una disquisición erudita o diletante, la dificultad vendría también eludida o resuelta por eliminación, aunque en este caso por una eliminación más sutil que la llevada a cabo por SOLAZZI. Si con ello se quiere decir que Gayo añadió a una calificación jurisprudencial no motivada una explicación orientada a encuadrar esa calificación en la problema tica o en las líneas generales de las discusiones jurisprudenciales en cuya sede deba situarse desde el punto de == vista sistemático; o que con su explicación Gayo quiso poner de manifiesto el criterio que guió a la jurisprudencia para decidirse por una calificación semejante, entonces, la observación sobre la paternidad de Gayo es banal y no tiene ningún sentido.

Al contrario de lo que ha sucedido con otros fragmentos (280), habitualmente la doctrina no ha relacionado el que estamos estudiando con ninguna controversia jurisprudencial o problema concreto planteado a la ciencia jurídica romana del que nos haya quedado testimonio en otras fuentes. = Es mérito de THOMAS el haber iniciado este camino, al referir se a esos otros textos en que se nos transmiten opiniones y

discusiones jurisprudenciales acerca de arrendamientos y compraventas condicionados y concurrentes; sólo que en la exposición del autor inglés el testimonio de esos textos únicamente sirve para que nos aparezca como más razonable, ampliamente justificada, incluso, esa académica pasión gayana por la analogía con las condiciones (281).

Ninguna, pues, de estas tres interpretaciones del texto parece adecuada para ofrecer una interpretación satisfactoria del mismo. El carácter práctico de la decisión es un criterio que guió a la jurisprudencia romana en todos los casos, pero que no puede servirnos de comodín para justificar una calificación que, en última instancia, se hace depender por este camino de la voluntad no razonada de los jurisconsultos, dejando en el más nebuloso arcano el fundamento lógico de la misma y la explicación de la mecánica jurídica a través de la cual se lleva a la práctica. Negar que el problema pueda tener solución, o prescindir de un modo u otro (de hecho o repudiándola como glosema) de la explicación que se nos ofrece en el texto puede ser un expediente cómodo para desembarazarse de él, pero no parece el camino más adecuado para llegar a entenderlo en su integridad.

Por eso resulta mucho más adecuada desde el punto de vista metodológico la actitud adoptada por otro grupo de autores, que, aun considerando firmemente alguno, concediendo simplemente algunos otros, que el texto pudiera estar afectado en alguna de sus partes de un glosema, han tratado de se--

guiarlo lo más fielmente posible y de ajustar su planteamiento a los términos del mismo, procurando dar una explicación de él que tenga en cuenta sus elementos más destacados y que dé razón, en todo caso, del cauce jurídico apto para explicar el mecanismo de la calificación arrendamiento-compraventa del texto veronés.

Ateniéndose a los términos del mismo se presentan las interpretaciones de BESELER, que, como ya se dijo antes (282), ve en este fragmento la existencia de dos contratos sometidos a condiciones opuestas, y la de MASI, que sigue = esta misma opinión (283). El pensamiento de HAYMANN y el de SECKEL-LEVY, que, debido a la sede en que se ocupan del texto, sólo contemplan en él la existencia de una compraventa sometida a la condición suspensiva de la muerte o del lisiamiento de los gladiadores, ya ha sido también estudiado (284), lo mismo que la interpretación de GRÖSSO, que salva las inaceptables consecuencias a que llevaba el planteamiento de los autores anteriormente citados atribuyendo eficacia retroactiva a la condición suspensiva a que entiende sometida la compraventa (285), mecanismo que, en una construcción = más compleja es también aceptado y seguido por MAYER-MALY (286).

Como todos estos puntos de vista ya han sido analizados y comentados al considerar los problemas que plantea la construcción de la compraventa como condicional, incluso cuando se considera a la condición dotada de eficacia

retroactiva (287), no parece oportuno volver aquí sobre ellos.

Mención especial merece, sin embargo, el pensamiento de CALONGE, que, aunque también ha sido aludido con ocasión de la retroactividad de la condición, no ha sido, sin embargo analizado en todos sus aspectos.

El profesor español es uno de los autores que más han estudiado el texto y mayor esfuerzo han dedicado a dar una explicación completa del mismo y de la mecánica que pueda explicar la solución dada por Gayo, sin tratar de desembarazarse de frases o incisos del texto que pudieran estorbar a una concepción preconcebida, sino respetando al máximo los términos del texto veronés con una loable orientación metodológica.

El mismo resume su interpretación del fragmento con las palabras siguientes: "desmenuzado el supuesto gayano en dos contratos: locatio-con-ductio y emptio-venditio, hay que ver el arrendamiento como un negocio jurídico puro al que se le ha añadido un pacto de resolución sometido a condición suspensiva; una vez cumplida la condición — que es una y no doble (si los gladiadores muren o salen lisiados)— por efecto retroactivo de la misma --que aquí se produce plenamente-- se entiende que el arrendamiento no ha existido nunca y que desde el principio de celebró compraventa. En otro caso, fallida la condición, la compraventa es nula y el arrendamiento tiene plena validez, pues es puro, ya que la =

condición afecta al pacto de resolución que se considera como no celebrado" (288).

La construcción del catedrático de Salamanca tiene, al menos, el mérito indiscutible de ofrecer un cauce jurídico congruente en el que se relacionan todos los elementos mencionados en el manuscrito veronés, sin que resulte, incluso, contradictorio con el inciso final iam - possint que, en opinión de CALONGE, puede constituir un glosema (289). Se trata, sin duda de la elaboración más acabada y más perfecta de un mecanismo jurídico que podría servir de cuace al negocio que se propone en Gayo, 3, 146, y también de la hipótesis más adecuada al mismo de cuantas han sido formuladas.

Sin embargo, esta construcción nos atrevemos a pensar que quizá no sea tampoco plenamente adecuada al planteamiento gayano y a los problemas que el texto puede suscitar.

Estimo ante todo que no parece, acertada la crítica que hace THOMAS a CALONGE (290) en el sentido de que la construcción de éste explicaría plenamente la locatio, pero dejaría la posición interina de la venta bastante oscura. Yo creo que la opinión de CALONGE acerca la existencia de = una compraventa sometida a una condición suspensiva (consistente en la muerte o lisiamiento de los gladiadores) dotada de eficacia retroactiva, no puede quedar más claramente ex-



plicada a lo largo de todo su estudio sobre Gayo 3,146, Más arriba, en este mismo capítulo, se ha expuesto detenidamente la opinión de CALONGE a este respecto reproduciendo en algunos casos, incluso textualmente, sus propias expresiones (291), y, precisamente, las objeciones que entonces se hicieron a la posibilidad de la existencia de una compraventa sometida a una condición con eficacia retroactiva en el caso de los gladiadores, vuelven, por ello, a constituir aquí una objeción a la construcción propugnada por el profesor español.

Otra ventaja de la construcción de CALONGE es que con ella desaparecen los problemas suscitados por la situación de indeterminación que se contemplaba al principio de éste capítulo (292), pues, considerando la existencia ab initio de un arrendamiento puro, tal indeterminación no existe y desde el principio hasta el momento de la terminación de los juegos, por lo menos, se podrá recurrir en todo caso a la protección procesal de la acción de arrendamiento. Las objeciones que pudiera suscitar la concesión ab initio de este medio de protección procesal ya fueron también mencionadas antes (293) al aludir a los problemas que suscita la indeterminación de la relación existente antes de conocerse el resultado de los juegos.

Por eso, sí parece plenamente fundada la objeción de THOMAS cuando pregunta "¿se trata, entonces, como una venta condicional, siendo la condición que el gladiador =

muera?; y, si es así, ¿por qué no sería igualmente la =
locatio desde el principio (como Gayo parecía indicar) con-
dicional, siendo la condición que el gladiador viva?" (294).
En realidad, esta pregunta quizá sólo admita una respuesta:
la prioridad del arrendamiento sobre la compraventa es una=
intuición que se impone a cualquiera que tenga un mínimo de
sensibilidad jurídica. Y, a la hora de la verdad, el propio
THOMAS (295) viene a situarse en este punto en la misma lí-
nea que CALONGE, cuando el autor inglés se muestra partida-
rio de la concesión ab initio de la actio conducti, lo que,
en definitiva implica, como ya se ha puesto de relieve su-
ficiente número de veces, la consideración de la existencia
ab initio de una relación de arrendamiento, que, ex acciden-
tibus podrá transformarse --por virtud de un mecanismo ju-
rídico o de otro (las sugerencias en este punto son variadas
y puede serlo más)-- en una compraventa. Pero lo que sí es
indiscutible es el fondo de razón que asiste a THOMAS en su
crítica antes mencionada y que ya se ha puesto de relieve =
antes también en esta tesis. Los términos del texto veronés
no admiten una interpretación semejante. Emptio-venditio, o
locatio-conductio: idque ex accidentibus apparet. Desde el
punto de vista puramente lógico y ateniéndonos a los térmi-
nos del texto gayano no puede afirmarse que antes de conocer
se las contingencias del juego gladiatorio haya arrendamiento
o haya compraventa. Y desde este punto de vista puramente =
lógico cabría preguntarse también: y ¿por qué arrendamiento

puro ab initio y compraventa sólo en caso de muerte o lisi-
amiento, y no compraventa pura desde el principio (más pacto
de resolución, etc.) y arrendamiento, ex accidentibus sólo
en caso de supervivencia?. Después de todo, ésta sería la for-
ma de contratación más adecuada a las costumbres del tráfico
de gladiadores, como se desprende de las noticias que nos
proporciona el senatusconsultum de sumptibus ludorum gladia-
torum minuendis, y es la que MOMMSEN (296), seguido por MAYER-
MALY (297) presume tan prevalente ^{en} la jurisprudencia como pa-
ra haber sido la que diera lugar a la disputa jurisprudencial
que nos transmite Gayo (298). Sea lo que sea lo que se piense
acerca de la conjetura de MOMMSEN, que no parece muy acerta-
da teniendo en cuenta que los veinte denarios finalmente ca-
lificados como merced arrendaticia se habían convenido, =
según Gayo, 3, 146, pro sudore (299), lo que se quiere poner
de relieve aquí es que, aunque, como se acaba de decir, la
consideración de la existencia ab initio de un contrato de
arrendamiento, que ex accidentibus pueda transformarse en =
compraventa, se intuye como más adecuada a los intereses y =
la voluntad de las partes en el convenio contemplado, tam-
bién hay argumentos (aunque no tenga más valor que el de su
mayor adecuación a las costumbres del tráfico jurídico, cu-
yo valor puede ser muy discutible), para sostener la hipóte-
sis de la existencia ab initio de una compraventa que, ex
accidentibus, pueda transformarse en un arrendamiento; sólo
que las dos construcciones, y las dos por igual, se apartan
formalmente de los términos del planteamiento gayano, el =

cual admite la calificación únicamente ex accidentibus.

Cualquier otro planteamiento dejaría al texto sin sentido, pues ¿cómo va a dudarse sobre la calificación aplicable a un contrato existente desde el principio y que despliega sus efectos ab initio? Si desde el principio existe un contrato perfectamente identificado --sea el arrendamiento o sea la compraventa-- que produce normalmente sus efectos, aunque, ex accidentibus, por virtud de un pactum adiectum, o de la operatividad entrecruzada de condiciones suspensivas y resolutorias, pueda transformarse en otro contrato perfectamente identificado también--sea compraventa, o sea arrendamiento--, la respuesta está ya dada y no tiene sentido ninguna controversia jurisprudencial en la que se suscite la duda acerca de la naturaleza y de la calificación de dichos contratos.

Por otra parte, puede pensarse también que la construcción propuesta por CALONGE resulta excesivamente complicada. En ella un mismo acontecimiento actúa simultáneamente como condición suspensiva del pacto de resolución añadido al arrendamiento, que vale tanto como decir como condición resolutoria del arrendamiento (300) y como condición suspensiva de la compraventa, operando, además, en ambos casos con eficacia retroactiva. Como ha puesto de relieve ALVAREZ SUAREZ, con ocasión de otro problema, (301), puede pensarse que la realidad es mucho más sencilla que todo ello. Pensemos en

en el resultado de describir en términos de contratos consensuales adecuados al esquema contractual romano clásico el mecanismo que produjera los mismos efectos que lo que = después fué un simple contrato innominado: el descrito en las Instituciones de Justiniano, 3,24,2; o el contrato estimatorio, por ejemplo.

Desde otro punto de vista AMIRANTE, y en un sentido semejante BUCKLAND (302), ha llamado también la atención sobre Gayo, 3,146 con una interesante interpretación del mismo. Este autor, preocupado por desvelar los criterios que guiaron a la jurisprudencia romana para la distinción entre los tipos contractuales de la locatio-conductio y de la emptio-venditio, ve en nuestro texto la fijación = del criterio para discernir uno de otro: la posibilidad o = imposibilidad de devolver la cosa entregada. Para él es = empta-vendita la cosa que debe entregarse de modo definitivo, mientras es locata-conducta aquella que debe entregarse por un tiempo determinado y que, por tanto, el que la ha recibido, se obliga a devolver. Por eso, desde esta perspectiva, entiende que en Gayo 3,146 "la possibilità di restituirli (los gladiadores) è il solo criterio discrettivo adottato da Gaio per distinguere se si è contratta una locazione, oppure una vendita" (303). Respecto de este punto de vista la observación de CALONGE parece plenamente adecuada: "la argumentación, aunque válida en el fondo, peca también de insuficiente.



No es tomada en consideración la mecánica que el propio Gayer establece ..." (304). Más adelante tendremos ocasión de volver sobre éste punto de vista.

Finalmente hay que aludir a otra posible interpretación del fragmento que también ha sido llevada a cabo por otro grupo de autores, quienes, coincidiendo o difiriendo = más o menos entre sí, ofrecen todos como característica común el dar una visión del problema planteado en el propio = fragmento, que desborda los límites o los esquemas que, a simple vista, presenta el texto veronés.

Una de las variantes de esta orientación fué iniciada por KRUECKMANN, que ha sido seguido más o menos abiertamente, o más o menos de cerca por muchos autores, que, = sin embargo, han criticado a veces con bastante dureza su interpretación. En todo caso, la mayor parte de la doctrina moderna ha incorporado a sus elaboraciones lo que hay de central en el pensamiento de KRUECKMANN, que también encuentra su lugar natural en la corriente (cuya paternidad no pertenece exclusivamente a este autor) que ve como prioritaria una relación arrendaticia en el caso que comentamos.

En un contexto de un tono ardorosamente polémico contra HAYMANN y SECKEL-LEVY, KRUECKMANN expone únicamente los pilares básicos para una orientación sobre su interpretación del texto. Además de poner de relieve un conjunto

de anomalías que afectarían a una verdadera compraventa en el caso contemplado (305), afirma que la palabra emptio = tiene una gran variedad de significados y que en muchos casos falta a los romanos la denominación correspondiente a los conceptos abstractos (306). Por eso cree que "la construcción de Gayo, por la cual han sido inducidos a error = también los juristas modernos, es un testimonio de una negligencia que no puede salvarse, porque la responsabilidad aseguratoria, como concepto, todavía no era conocida por = los romanos" (307). Entiende, en suma, que "la idea de que depende del desenlace de la lucha si se ha alquilado o se ha vendido, es complicada y falsa. En verdad se trata de una responsabilidad aseguratoria jurídico-negocial" (308).

La formulación de KRUECKMANN resulta ciertamente muy defectuosa. Sus juicios de valor acerca del planteamiento gayano son, desde luego, inaceptables. No explica tampoco el mecanismo del negocio, y prescinde de los términos del texto. Pero lo que constituye un mérito indiscutible de KRUECKMANN es el haber sido el primero en haber puesto de relieve la función que desempeña la emptio-venditio mencionada en el fragmento 146; una emptio-venditio que, de otro modo, carecería de sentido. Esta función podrá calificarse de un modo o de otro y podrá matizarse en muchos sentidos (309), pero ella es la única que puede justificar la "compraventa" de unos cadáveres y la única orientación que se ajusta perfectamente a los intereses y finalidades de pueden perseguir las partes contratantes.

Por otra parte, KRUECKMANN no se evade de los = = términos de la alternativa locatio-conductio, emptio-venditio (310). Lo único que él afirma es que la emptio-venditio "in seiner Bedeutung schillert" (311) y que, en este caso, esa expresión sirve para designar una realidad que los romanos no habían individualizado y designado con su propio nombre: "Versicherungshaftung", responsabilidad aseguratoria. No elude pues, el problema ni se evade de los términos de la alternativa locatio-conductio/emptio-venditio; lo que sucede es que él afirma que emptio-venditio puede tener varios significados y que en el lenguaje jurídico romano esa expresión sirve para designar también, además del que se conoce en la terminología jurídica moderna con el nombre de compraventa, otros negocios diferentes. Por eso, lo que KRUECKMANN niega es que la alternativa locatio-conductio, o emptio-venditio pueda plantearse, sin más, en los términos de una = alternativa entre arrendamiento o compraventa (entendida ésta última en el sentido en que habitualmente se entiende en la terminología jurídica moderna). Por eso no parece justa la crítica de MAYER-MALY (312), cuando sostiene contra = KRUECKMANN que la responsabilidad aseguratoria se pone en = existencia precisamente mediante una compraventa condicional. Si prescindimos del matiz condicional que defiende MAYER-MALY, esto es precisamente lo que afirma KRUECKMANN y ambos autores coinciden en que "wirtschaftlich wird damit der Kauf zum V e r s i c h e r u n g s v e r t r a g" (313), = con la diferencia de que KRUECKMANN no emplea la expresión "Versicherungsvertrag", sino la más matizada de "rechts-

geschäftliche Versicherungshafung". Para los efectos, = viene de ser igual, pero con ella no se niega que el cauce comercial empleado sea una emptio-venditio, o, si se prefiere, una compraventa, sino que se interpreta únicamente la finalidad que este negocio persigue.(314).

Coincide también con esta interpretación ARANGIO-RUIZ. Las agudas observaciones del maestro italiano parecen dar a entender que opera también con la concepción que vé en la calificación gayana una relación básica de arrendamiento que, como consecuencia de las contingencias del juego = gladiatorio, puede transformarse en una compraventa. Ello se deduce de su expresa afirmación de que en el examen de los problemas del texto conviene proceder con cautela teniendo presente al mismo tiempo "l'ossequio dei romani per le forme processuali" (315) y del hecho de que se muestra = partidario de la concesión ab initio de la acción de arrendamiento, como antes se dijo (316). En cuanto a las condiciones entiende ~~que no hay~~ más que una analogía; y en cuanto al objeto de la venta, que está constituido por los gladiadores vivos en el momento de celebrarse el convenio, y que la referencia a la emptio-venditio "tornava semplicemente a dire che se ne trasferiva all'asuntore il periculum" = (317). Hay, sin embargo, varios puntos oscuros en la exposición de ARANGIO, pues, por una parte, tampoco queda = clara en ella la mecánica comercial operante y, por otra =

parte, su punto de vista en relación con el problema de =
la condición dista mucho de ser diáfano. Primero afirma =
(318) que, en cuanto a la condición, no hay más que una
analogía --"(tamquam!)"-- y después, al atribuir efecto re=
troactivo a la eventual emptio-venditio, dice "quello che è
per noi l'inconcusso principio romano dell'irretroattività
si é affermato nei riguardi di tutt'altre condiciones"(319).
Hubiera sido, sin duda, deseable alguna precisión sobre el
tipo de cōndicio que ARANGIO-RUIZ estima operante en este =
caso. Pero, sea cual sea el posible mecanismo jurídico apto
para encauzarla, la finalidad de la emptio-venditio en el =
pensamiento del autor italiano es la misma que en KRUECKMANN,
pues afirmar que , mediante ella se transfería el periculum
al organizador de los juegos, viene a ser igual que decir =
que asumía, mediante un negocio jurídico una "Versicherung-
shaftung".

Una referencia brevísima, pero acompañada de un =
sustancioso comentario, que la sitúa en la línea que estamos
considerando ahora, encontramos también en KASER. Tras repro=
ducir la calificación como arrendamiento o como compraventa,
comenta: "El que los recibe asume el riesgo y tiene que pagar
la suma de estimación, incluso si ellos sin culpa suya, son
lesionados o perecen" (320). En cuanto al mecanismo jurídi-
co operante en el caso (aparte del empleo de la palabra =
"Schätzsumme") señala KASER una analogía suficientemente =

expresiva: DIG. 19,2,54,2 (321). Más adelante se consideraran algunos aspectos de esta analogía.

La otra variante de esta corriente de interpretación que estamos estudiando no rechaza los términos del planteamiento gayano según nos los ofrece el texto veronés, pero, a la vista de la problemática y las peculiaridades del mismo, entiende que la calificación que Gayo nos transmite no es la realmente adecuada al negocio que se describe en el fragmento, aunque sí la más apta que las peculiaridades del sistema contractual romano clásico ofrecía a la jurisprudencia para poder dotar de protección jurídica, dentro del ámbito del ius civile, a dicho negocio, que, en puridad, no hubiera debido, quizá, tener cabida en él.

Así, BIONDI (322) piensa que se trata de un negocio complejo, que, como tal, no puede subsumirse en ninguno de los tipos contractuales reconocidos por el ius civile, y que, por eso, la jurisprudencia lo descompone en sus elementos constitutivos para dotarlo de protección procesal, dentro de la línea seguida por ella en ocasiones (por ejemplo, ésta) de forzar, incluso, los esquemas tradicionales para dar cabida en el ordenamiento a nova negotia que son considerados como dignos de protección, pues entiende que en la calificación gayana se exceden los límites del esquema condicional habitual (323). En el mismo sentido, llama la atención

sobre lo insólito del hecho de que "la naturaleza del negocio dependa 'ex accidentibus', o sea, de elementos que sobrevengan"; y también sobre el de que se haga intervenir una traditio, siendo así que la compraventa es un negocio meramente consensual (324).

Más explícito, aunque más breve, GUARINO se expresa en éstos términos: "questo famoso testo --se refiere a G., 3,146-- ... si sforza di qualificare ex post in termini di contractus consensuale tipico un'ipotesi di "do ut des" = in cui la controprestazione, dovendo essere corrispettiva, = rispetto alla prestazione dei gladiatores, fa variare la = qualifica del negozio" (325).

El interés de estas opiniones no reside en aciertos de detalle o en cuestiones concretas de la calificación o del mecanismo de la construcción jurídica empleada para dotar de un cauce adecuado al negocio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos, sino en su visión de conjunto del significado del problema planteado en este fragmento gayano. Por eso tampoco es posible emitir aquí = sobre ellas una opinión en la que no estén implicadas las = conclusiones de esta tesis, ya que, además, esta opinión = implica una toma de postura previa sobre las cuestiones suscitadas por la problemática interna del texto. Por ello, esta cuestión será objeto de estudio en los capítulos sucesivos. En todo caso, sí conviene destacar que con las interpre-

taciones de BIONDI y de GUARINO se pone de relieve otro aspecto de la problemática que puede suscitar el texto = que estamos estudiando y que no está constituida ya solamente por la calificación y su mecanismo, sino también por el sentido de esa calificación y de la controversia que mantuvo la jurisprudencia romana en torno al caso, aspecto que no había sido tomado en consideración por otros = autores, si se exceptúa la breve referencia de PRICHARD, (326), que no constituye, como se vió, una toma en consideración seria del problema.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

C A P I T U L O I I

BASES PARA NUESTRA INTERPRETACION DEL TEXTO:

LA FINALIDAD DEL CONVENIO.- LA EXPOSICION GAYANA
SOBRE EL ARRENDAMIENTO Y LA COMPRAVENTA EN GENE-
RAL.

Como se ve, los problemas planteados por Gayo, = 3,146 son bastantes y de muy diversa índole. Para llegar = a una adecuada comprensión del problema planteado a la jurisprudencia romana y a una adecuada comprensión de la solución que ésta le aplicó, hemos de plantearnos, sin duda, el problema en los mismos términos en que Gayo lo plantea.

Lo que Gayo plantea prima facie es un problema = de calificación jurídica: la calificación de un convenio = celebrado por los particulares que la jurisprudencia consideró digno de protección, pero que en un primer momento no supo cómo proteger, aunque finalmente la mayoría decidiera hacerlo considerándolo -ex accidentibus- como arrendamiento o como compraventa, según los resultados del juego gladiatorio. El problema que se plantea es, pues, el de la elección entre el arrendamiento o la compraventa como tipo contractual en el que subsumir la regulación de intereses llevada a cabo por el lanista y el organizador de los juegos.

El problema es, pues, sustancialmente, un problema de tipicidad (327). Resulta necesario, por ello, para el estudio y la elucidación del problema planteado en Gayo, ==

3,146 comprender la esencia y la finalidad perseguidas por el convenio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos. Sólo después de comprenderlas estaremos en condiciones de comprender la solución dada por Gayo y por aquellos a quienes ésta magis placuit y el mecanismo jurídico de las instituciones a que ellos recurrieron.

Tratemos, pues, de analizar la finalidad que persiguen el lanista y el organizador de los juegos con la celebración de un convenio concebido en los términos del que conocemos.

La intención de las partes se orienta a proporcionar al organizador los gladiadores necesarios para que él pueda ofrecer unos juegos y a cambio de ello a obligarle a pagar al lanista una cantidad determinada como contraprestación.

Que la intención sea la de proporcionar unos gladiadores precisamente para unos juegos determinados se pone de manifiesto en el hecho de que el resultado de esos juegos es el que determina la conclusión de la relación contractual, pues al término de los mismos deberán ser devueltos aquellos que hayan salido integri y como consecuencia = del resultado de los juegos se considerarán los otros definitivamente venditi.

Ahora bien, un negocio orientado a suministrar una cosa puede ser objeto de muchas calificaciones, según las = circunstancias concretas que, según la voluntad manifestada por las partes, deban acompañar a ese suministro. En nues=

tro caso se ha establecido una contraprestación en dinero y la jurisprudencia ha reducido las posibilidades de calificación a la alternativa arrendamiento o compraventa. La finalidad de proporcionar los gladiadores permanece firme en cualquier caso. Todo hace pensar que la calificación se hace depender de la contraprestación prevista a cambio de == ello, éste es, de las obligaciones que las partes quieren = imponer al organizador de los juegos.

En principio todo hace pensar que lo que las par== tres desean es que los gladiadores salgan ilesos y puedan = ser devueltos integri. Razones de tipo económico parecen abonar esta idea en la medida en que lo que el organizador = pretende es dar unos juegos, naturalmente -ha de entenderse- al costo más bajo posible y los veinte denarios que ha de pa= gar por cada gladiador ileso son una suma notablemente más baja que la de los mil denarios que ha de pagar por los = otros. La calificación como compraventa hace pensar que = en el caso de que tuviera que pagar los mil denarios, no = tendría que devolver los gladiadores que, de este modo, pa= sarían a engrosar su patrimonio. Pero, ¿para qué puede que= rer adquirir gladiadores una persona que no sea un lanista profesional? Por otro lado, el lanista debería desear tam= bién que los gladiadores salieran de los juegos integri, = pues de este modo, además de la ganancia representada por = los veinte denarios, recuperaría unos luchadores a los que había entrenado en su escuela y que además habrían aumenta=

do de valor con el prestigio de una victoria en la arena, =
lo que le permitiría obtener de ellos ganancias más eleva- =
das en lo sucesivo. Ciertamente, estas consideraciones de =
carácter económico no son por sí mismas jurídicamente rele-
vantes, pero tienen su reflejo en la regulación de intere- =
ses prevista por las partes y sirven para explicarla más =
claramente. De acuerdo con estos intereses y según los tér-
minos del convenio, las partes establecen que todos los gla-
diadores que salgan de los juegos ilesos, todos aquellos =
que puedan devolverse íntegros, deberán ser devueltos al la
nista. Naturalmente, éste obtendrá por cada uno de ellos =
una ganancia proporcionada a la utilidad que ha prestado: =
veinte denarios. Con ésto se explica fácilmente la califica-
ción como arrendamiento, que, como se ha dicho ya con ante-
rioridad, no ofrece ningún problema.

Sin embargo, las partes establecen una regulación
distinta para los gladiadores que en los juegos resulten =
muertos o debilitati. Si las partes se hubieran limitado a
establecer la regulación de intereses descrita anteriormente,
la calificación como arrendamiento no ofrecería duda de nin-
gún género. Pero, entonces, la obligación del festejador se-
ría también la misma que en el caso que anteriormente se ha
contemplado: entregar al lanista veinte denarios y devolver
le los cadáveres de los luchadores más desafortunados o unos
gladiadores más o menos inutilizados, porque el riesgo de =

perecimiento de la cosa arrendada como consecuencia de los riesgos inherentes al uso a que es contractualmente destinada es un riesgo que grava sobre el arrendador, que en este caso es el lanista. De este modo, en el caso de muerte o lisiamiento de los gladiadores el lanista sufriría una pérdida patrimonial muy considerable, pues el valor de un gladiador era bastante superior a la modesta cantidad de veinte = denarios (328). Por otra parte, la recuperación de los gladiadores muertos le supondría además la necesidad de hacer frente a unos costosos gastos de funeral (329); y los debi-litati, o bien habrían quedado inutilizados como gladiado- = res, en cuyo caso el lanista no tendría un gran interés = en recuperarlos, o bien habrían descendido a una categoría inferior, (330), en cuyo caso, además de haber perdido en valor actual, sólo podrían proporcionarle en lo sucesivo ga- nancias mucho más limitadas. Ahora bien, si es cierto -y parece serlo- que, como PRICHARD indica, (331), el lanista se encontraría en una posición fuerte a la hora de negociar, = ¿por qué iba a soportar él todas éstas pérdidas, si encontra- ba un festejador que estuviera dispuesto a soportarlas?.

Veinte denarios por perder un gladiador no es un buen negocio, sobre todo teniendo en cuenta la despropor- = ción existente entre esta cantidad y el valor que podrían = alcanzar los gladiadores (332), y perdido como gladiador ha de considerarse tanto el que presulte muerto como el que que-

de inutilizado para intervenir en otros juegos posteriores. El riesgo que correría el lanista sería indiscutiblemente grande, porque las posibilidades de lisiamiento o de perecimiento se han de cifrar por lo menos en el cincuenta = por ciento. Es comprensible que un riesgo semejante sólo estuviera dispuesto a correrlo el lanista aumentando sensiblemente la merced arrendaticia. Pero ello encarecería de una manera considerable el costo de los juegos en perjuicio del organizador y hay una tercera vía intermedia que permite ajustar los intereses de ambos. Ella consiste en evitar que la pérdida perjudique al lanista. A pesar de = su escasa cuantía, la suma de veinte denarios por la in=tervención de un gladiador victorioso e incólume, que, co=mo consecuencia de la victoria, resulta revalorizado y = puede proporcionar mayores ingresos en juegos posteriores, puede ser un buen negocio, según la categoría de los gladiadores, las circunstancias de la escuela del lanista y las posibilidades de intervención o de colocación de los luchadores en los espectáculos a que se destinan. Mil denarios, puede ser una cantidad que compense al lanista = por la pérdida patrimonial que supone para él la muerte o el lisiamiento de un gladiador.

No se trata ya de que la cantidad sea cincuenta veces superior a la que percibirá el empresario por facilitar y recuperar los gladiadores que resulten íntegros. Es que mil denarios es precisamente el precio máximo autorizado por el Senatusconsultum de sumptibus ludorum gladiatorum.

rum minuendis para un gladiador de tipo medio entre los = de mejor clase en los munera más modestos. El Senadoconsul = to contempla como supuesto normal el de la compra (no el = del arrendamiento) de los gladiadores por parte del organi = zador de los juegos e impone una limitación al precio de = los mismos a través de la fijación de tarifas máximas. A = estos efectos, los gladiadores se dividen en dos clases: = los gregarii, de peor categoría, (cuyo precio oscila entre los mil HS. como precio mínimo y los dos mil como precio = máximo), y los meliores, para los que se establecen distin = tas tarifas, que varían según el coste total de los munera en que hayan de intervenir. A este efecto, se distinguen = cuatro clases de juegos, y el precio de cada uno de estos gladiadores puede oscilar entre los tres mil y los quince mil HS. Ahora bien, en los juegos más modestos, o sea, en aquellos cuyo coste total oscile entre los 30.000 y los = 60.000 HS. "debía haber tres series (partes) de gladiado = res de 5.000, 4.000 y 3.000 sestercios respectivamente co = mo máximo" (333). 4.000 sestercios es precisamente la suma que equivale a mil denarios (334). Y, aunque el Senadocon = sulto no se refiera a todo tipo de juegos, (335) y, por con = siguiente, no haya de afectar necesariamente a nuestro ca = so, las tarifas que en él se continen pueden servir de cri = terio orientador sobre el valor aproximado de los gladia = dores en la época (336). Y precisamente, 1000 denarios, o sea, 4000 sestercios, si no constituyen una media matemáti

ca entre el precio máximo de 15.000 HS y el mínimo de === 1000 que podía valer un gladiador, pueden constituir una = razonable cantidad media a pagar por cada gladiador muerto o lesionado, teniendo en cuenta que no siempre intervenían gladiadores de la mejor calidad y que los gregarii, de precio muy inferior, debían ser mucho más numerosos (337). No se trata de establecer valoraciones que arrojen un resultado rigurosamente exacto, pero a la vista de los datos proporcionados por el Senadoconsulto, puede afirmarse que 1000 denarios (=4000 HS) no es una suma arbitrariamente fijada, sino una cantidad que muy razonablemente puede corresponder al valor de "un gladiador"; si se quiere, de un gladiador de tipo medio, o, si se prefiere, a un gladiador más = bien de poca categoría, pero, en definitiva, al valor de = un gladiador.

Y, si, como se ha visto, 1000 denarios no son un precio caprichoso, sino una cantidad que puede considerarse razonablemente como el valor de un gladiador medio, habría que concluir que el convenio de que se nos da noticia en Gayo, 3,146 es un convenio que se ajusta perfectamente a los intereses en juego. Así, en el caso de que los gladiadores salgan de los juegos integri, el lanista los recuperará revalorizados, junto con una cantidad que, si a nosotros puede parecernos exigua, de acuerdo con el convenio = que Gayo nos describe, hay que considerar que al lanista.

le pareció suficiente. En cambio, en el caso de que los gladiadores resulten muertos o inutilizados en la lucha, de acuerdo con el convenio, el lanista no perderá nada, pues, si es cierto que no podrá recuperarlos, también es cierto que la pérdida material de ellos no se traducirá en una pérdida patrimonial para él, ya que la pérdida patrimonial que le supondría el perecimiento o deterioro de la cosa se verá enjugada con el ingreso que le supone la entrada en su patrimonio del valor de la cosa.

Si todos los gladiadores hubieran sido arrendados, veinte denarios no le compensarían probablemente del riesgo que correría; si todos hubieran sido vendidos, mil denarios por cada uno (al menos como precio medio) hubieran supuesto probablemente un costo excesivo para el organizador de los juegos, que, además, no sabría qué hacer con los gladiadores supervivientes. Lo más razonable es pensar que volvería a venderlos y lo más razonable es pensar que lo haría a un lanista. Pero económicamente esto equivale a pagar una cantidad por el uso temporal de una cosa y esto equivale jurídicamente a un arrendamiento y se consigue mediante un arrendamiento a un costo económicamente mucho más bajo. Naturalmente, lo que interesa al organizador de los juegos es el arrendamiento; pero al lanista solo le interesa el arrendamiento en el caso de que los gladiadores sobrevivan. En el caso de que mueran o resul-

ten inutilizados lo que le interesa es la venta.

Así, pues, a la hora de contratar con el organizador de los juegos, el lanista se enfrenta con el mismo dilema que hizo dudar a la jurisprudencia: ¿arrendamiento o compraventa? En el fondo, lo que se debate es un problema de riesgo, porque si el lanista alquila, soportará él el riesgo del perecimiento en la lucha, pero si el lanista vende, quien soportará el riesgo de perecimiento en la lucha será el organizador de los juegos, aunque sea el mismo lanista quien le compre después, o ya desde el principio los gladiadores supervivientes. Como ya se ha indicado, cada una de las dos soluciones es demasiado onerosa para cada una de las partes respectivamente, y, como también se ha indicado, hay una tercera vía que ofrece para ambas una solución muy equilibrada y adecuada a sus intereses. Se trata de adoptar la regulación propia del arrendamiento para los que sobrevivan y la propia de la compraventa para los que mueran o resulten inutilizados. De este modo el lanista no verá mermada en absoluto su integridad patrimonial, puesto que tendrá la seguridad de que recuperará, o los gladiadores mismos íntegros, o, en defecto de ellos, su valor en dinero; y el organizador de los juegos, por su parte, deberá pagar al lanista el valor de los gladiadores que resulten inutilizados o muertos, pero al tener que desembolsar sólo veinte denarios por los que sobrevivan, se verá en la posibilidad de ofrecer los juegos con el menor costo posi-

ble en una sola operación.

La intención de las partes, resulta, pues, clara: que el lanista proporcione al organizador los gladiadores necesarios para organizar los juegos, pero de modo que la integridad patrimonial de aquél resulte asegurada en cualquier caso, bien por la vía de la devolución de los mismos gladiadores que él entregó (en el mismo estado en que él los entregó), o bien por la de la devolución del valor de los mismos en dinero. Esta es la finalidad que persigue el negocio celebrado por las partes; los problemas de su calificación jurídica se abordarán en el capítulo siguiente.

Ya se ha visto cómo la mayoría de los autores que se han pronunciado sobre la naturaleza jurídica del convenio que estamos estudiando han propuesto interpretaciones del mismo basadas explícita o implícitamente en la consideración de la existencia de una relación básica de arrendamiento que desplegara su eficacia ab initio. Y, en efecto, puede pensarse que el convenio establece en realidad un contrato de arrendamiento con una regulación especial del riesgo de la cosa arrendada. En este sentido puede argumentarse, incluso, que la misma peculiaridad de la situación a la que las partes se enfrentan podría determinar una especial formulación de la regulación que hubiera podi-

do inducir a error en el momento de llevar a cabo la calificación de la misma.

Porque, según se ha visto, la regulación lleva-- da a cabo respecto de los gladiadores muertos o debilitati, debe considerarse como la consecuencia o la plasmación de = la voluntad de las partes de llevar a cabo una especial regulación que atribuya el riesgo que puedan sufrir los gladiadores al organizador de los juegos, y esta finalidad = podría conseguirse perfectamente mediante un arrendamiento al que se hubiera añadido un pacto encaminado a esa finalidad. Y, desde esta perspectiva, el planteamiento del nego-- cio por las partes sería totalmente distinto si la duración del arrendamiento fuera a ser presumiblemente larga y los = riesgos a que fuera a ser sometida la cosa arrendada no debieran ser muy grandes. Piénsese, por ejemplo, en el arrendamiento de un esclavo destinado a usos agrícolas, como == es el caso de Dig. 19, 2, 54, 2 (338). En este caso el es-- clavo no será sometido a grandes riesgos en el ejercicio = de las labores que constituyen su destino normal y propio. La eventualidad de su perecimiento puede ser considerada = por las partes, pero en todo caso no como una amenaza == agobiante. En el ánimo de las partes, estará, por tanto, presente, en primer lugar, lo más probable: que = = tras un uso adecuado por parte del accipiens, el esclavo

sea devuelto incólume al término de la relación contrac-
tual, a cambio de lo cual el tradens, además de recuperar
el esclavo, recibirá una contraprestación proporcional al
servicio prestado. De esta manera, en el ánimo de las par-
tes está presente prima facie la figura del arrendamiento.
Sólo como una posibilidad más o menos remota, pero en todo
caso no inmediatamente amenazante un arrendador diligente
puede y debe prever la posibilidad de que el esclavo perez-
ca. Y para prevenirse contra ella puede introducir una mo-
dificación en los elementos naturales del contrato de arran-
damiento: el eventual y poco probable riesgo de la cosa lo
soportará el conductor. Pero el caso presentado en Gayo, =
3, 146 es muy distinto. El uso a que van a destinarse las
cosas no es un uso pacífico y más bien exento de riesgos,
sinó nada menos que el peligroso alburde una lucha gladia-
toria en la que los gladiadores entregados tienen, por =
lo menos un cincuenta por ciento de probabilidades de pe-
recer. En estas condiciones es lógico que las partes, al
menos el lanista, tengan presente en primer término la ne-
cesidad de regular el riesgo de unas cosas cuya utiliza-
ción normal implica grandes probabilidades de perecimien-
to. Otro factor que también influirá en el ánimo de las =
partes es el de que en el contrato celebrado con vistas =
al combate gladiatorio las cosas se utilizarán durante =
muy poco tiempo y correrán un grave riesgo de perecer. Lo

que han de regular las partes es una situación temporalmente muy breve en la que las cosas serán sometidas a un riesgo gravísimo de perecimiento; ocupa el primer lugar la regulación del riesgo. Contrariamente, en el caso de un esclavo destinado a tareas rústicas, que se ha puesto antes como ejemplo, el arrendamiento podrá tener una duración larga y lo que importa es regular bien, a través de un contrato de arrendamiento indiscutible, una situación que puede prolongarse, ocupando la eventualidad poco probable del perecimiento de la cosa un lugar secundario en las preocupaciones de las partes.

De este modo podría pensarse que las peculiaridades de la situación contemplada por las partes podrían haber determinado los términos de la formulación de la manifestación de voluntad hasta el extremo de inducir a confusión sobre la verdadera naturaleza de la misma. Sin embargo, debe observarse que, aunque la finalidad perseguida por las partes coincida con la que se podría obtener a través de la construcción que se acaba de describir, el lanista y el organizador de los juegos no regulan sus intereses de modo que en todo caso haya de considerarse existente un arrendamiento que, eventualmente, pueda transformarse en una compraventa (respecto de los gladiadores que resulten muertos o debilitati), sino que sólo quieren lo que la jurisprudencia calificó como una compraventa cuando un gladiador muera o quede lesionado y sólo quieren lo que la =

jurisprudencia calificó como un arrendamiento cuando un gladiador salga de los juegos íntegro.

Respecto de los gladiadores muertos o debilitati, hemos visto cómo el organizador de los juegos se compromete a dar al lanista el valor de los mismos. No siendo el precio justo un requisito de la compraventa romana clásica, puede pensarse que la coincidencia del "precio" de estos gladiadores con su posible valor real es irrelevante. Sin embargo, esa consideración contribuye a que el supuesto se presente con mayor realismo y quizá pueda pensarse también que esa cifra pueda arrojar alguna luz sobre la intención perseguida por las partes al celebrar el convenio, ya que ella coincide con el valor real de la cosa vendida y = la finalidad indemnizatoria o aseguratoria que se ha puesto de relieve se orienta a garantizar al lanista la integridad en el valor total de su patrimonio con la sustitución de una cosa por una cantidad de dinero correspondiente a su valor.

Por otro lado, aunque en el convenio, al menos en los términos en que él ha llegado hasta nosotros, no se establece expresamente nada acerca de la obligación de devolver los gladiadores (necesaria en el arrendamiento; imposible = en la compraventa), esa obligación puede entenderse implícita en la expresión pro sudore que matiza la prestación = del lanista correspondiente a la contraprestación de los

veinte denarios que ha de pagar el organizador de los juegos en la regulación que finalmente fué calificada como = = arrendamiento.

Las dificultades señaladas en el capítulo anterior para una calificación como compraventa quedan en pie y se = tratará de resolverlas en el capítulo siguiente, pero quizá este análisis de la finalidad perseguida por las partes pueda resultar entonces de alguna utilidad.

En otro orden de cosas una consideración de la misma exposición gayana puede resultar también conveniente para una comprensión cabal del problema planteado a la jurisprudencia romana por el caso de los gladiadores.

La disertación gayana sobre el arrendamiento en = general está concebida toda ella en función de la compraventa. En rigor sólo contiene dos afirmaciones de carácter general con sustantividad propia:

"Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur -respecto de la compraventa-; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi"(3,142) y "Adeo autem emptio et venditio et locatio = et conductio familiaritatem aliquam inter =

se habere videntur ut in quibusdam causis
quaeri soleat utrum emptio et venditio con-
trahatur an locatio et conductio. ..." 3,145).

El resto de la exposición está dedicado a exponer casos que ilustran estas afirmaciones. Desarrollando la primera se expone a través de casos concretos la misma problemática que el jurista había tratado a propósito de la compra-venta, con la única diferencia de que ello se hace de un modo más sucinto (fragmentos 142 a 144). Pero lo que aquí nos interesa es la segunda parte del texto destinada a ilustrar la segunda afirmación.

Esta segunda parte está constituida por tres fragmentos. En cada uno de ellos se expone un caso en el que la jurisprudencia dudó entre la calificación como arrendamiento o la calificación como compra-venta. Ya se ha insistido antes (339) sobre las diferencias existentes entre los problemas planteados en los tres fragmentos, especialmente en orden a la necesidad de una explicación gayana de su contenido. Interesa ahora destacar otro aspecto que entonces no se mencionó.

En el fragmento 145 se habla del caso de la res in perpetuum locata, pero la cuestión se zanja de un modo escueto: la mayoría decidió (magis placuit) que se trataba de un arrendamiento y no de una compra-venta. Y Gayo no da =

más explicaciones. Ello se adapta, ciertamente, a los hábitos de la jurisprudencia romana, pero es un dato a tener = en cuenta.

El fragmento 147 es algo más explícito. En él se nos transmiten la opinión de Casio y la contraria de la mayoría de la jurisprudencia. Ninguna de las dos se nos explica de una manera muy prolija, pero las referencias a los = objetos de cada uno de los contratos (la materia para la = compraventa y el opus o las operae (340) para la locatio conductio) pueden considerarse en cierto modo como crite= rios suficientes para orientar al lector sobre los crite= rios que podían haber inspirado las diferentes opiniones = de la jurisprudencia. Cuando el joyero proporciona su oro (transformado) al cliente a cambio de una determinada can= tidad de dinero sólo debe poner a su servicio una determina= da actividad profesional, nos hallamos ante un arrendamien= to. Ello puede constituir un criterio para distinguir el = arrendamiento de la compraventa, aunque debe observarse = que el problema que se plantea es en realidad el de distin= guir dentro de un mismo negocio la existencia de dos con= tratos (que es la posición de Casio), o el de considerar = el negocio en su conjunto dándole una calificación unita= ria, sin descomponerlo en los elementos que contiene. A pesar de la opinión contraria de Casio, la solución adoptada por la mayoría coincide sustancialmente con la opinión sa=

biniana a este respecto (341) e implica una relativa flexi bilidad en cuanto al problema de la tipicidad contractual = (342). Pero el problema que se trata de destacar no es éste, sino el de la dificultad para diferenciar el tipo contrac=
tual de la compraventa del tipo del arrendamiento.

En el fragmento 146 Gayo expone el caso de los gla diadores. Obviamente, no es éste el momento para analizar = la naturaleza del problema planteado por él a la jurisprudencia, pero sí conviene destacar la siguiente. Tal como = se nos presenta el caso en el manuscrito veronés, el inte=
rés principal del mismo se centra en el problema de la elec ción entre el arrendamiento y la compraventa. Lo mismo que en los casos descritos en los fragmentos 145 y 147. Pero, al contrario de lo que sucede en éstos, en 146 Gayo nos == transmite la noticia de la calificación que la jurisprudencia aplicó al convenio contemplado acompañada de una expli cación que ha de considerarse notablemente extensa, y, por ello, notablemente importante. Pero, sorprendentemente, es te comentario no se centra, como la brevísima referencia = -que, además puede considerarse como implícita o al menos = no directamente intencionada- del 147, a esclarecer el cri terio que pudiera determinar la calificación en un sentido o en otro. El comentario de Gayo en 3,146 es extraordinaria mente amplio y está orientado evidentemente a proporcionar una explicación de la calificación adoptada por la mayoría

de la jurisprudencia. Sin embargo, esta explicación no =
descansa en ningún elemento estructural que diferencia =
el arrendamiento de la compraventa y que exista en el =
convenio contemplado, sino que descansa en la afirmación
de que las cosas pueden ser vendidas o arrendadas bajo =
condición. Por si ésto fuera poco en el manuscrito vero-
nés leemos que ello ya está fuera de toda duda. En el =
capítulo siguiente se intentará proporcionar una inter-
pretación de esta parte del fragmento. Lo que aquí inte-
resa destacar, con vistas a centrar el problema plantea-
do por el caso de los gladiadores, es que a propósito de
él Gayo no se consideró satisfecho con transmitirnos sim
plemente la calificación adoptada por la jurisprudencia,
sino que consideró necesario acompañar una explicación =
que la aclarase; y que, debiendo centrarse el problema =
en la elección de un tipo contractual u otro, con vistas
a señalar sus diferencias y sus semejanzas (3,145), Gayo
hace descansar la clave de la calificación, no en la se-
mejanza o la diferencia entre el arrendamiento y la com-
praventa, sino en la posibilidad de utilizar un determi-
nado mecanismo negocial.

En 3,147 el problema es de acumulación de tipos
contractuales y se resuelve en la absorción del arrenda-
miento por la compraventa cuando ambos coinciden. En el
146 el problema es de elección entre tipos. Sabemos cómo
se resuelve este problema porque Gayo nos lo dice, pero

falta por estudiar cómo y por qué lo resolvió así la jurisprudencia.

Por otra parte, el problema de elección que plantea Gayo en 3,146 puede enfocarse desde distintas perspectivas. Así PASTORI ha indicado que "está claro que las dudas no se refieren a la posibilidad de diferenciar la estructura típica del arrendamiento de la de la compraventa, sino a la posibilidad de interpretar si el supuesto concreto tiene los elementos de uno o de otro contrato" (343). Sin embargo, parece más acertada la opinión de MASCHI, quien, con una mayor sensibilidad histórica y adoptando una posición más conforme con el proceder de la jurisprudencia romana, entiende que, en efecto, las dudas de calificación en todos estos casos implican una previa diversificación de los dos tipos contractuales, pero que es precisamente a través de la discusión en torno a la calificación en estos casos concretos como se van poniendo de relieve las diferencias estructurales existentes entre los diversos tipos contractuales (344).

En este sentido, Gayo, 3,146 se inserta sin duda, dentro de la corriente (mucho más amplia) a través de la cual la jurisprudencia romana va, incluso parsimoniosamente (345), creando los institutos jurídicos en los que se van diversificando las situaciones indeterminadas de amplios contornos en las que en épocas primitivas encuen-

tran protección indiscriminada situaciones distintas (346).

En este sentido, Gayo, 3,146 se inserta dentro de la labor delimitadora y separadora que lleva a cabo == la jurisprudencia romana. Las fuentes nos han dejado de = ella suficientes ejemplos. El mismo Gayo se hace amplio = eco de dos de los más célebres casos: las discusiones == jurisprudenciales encaminadas a deslindar la compraventa de la permuta (347) y los esfuerzos jurisprudenciales encaminados a deslindar el arrendamiento de la compraventa (348).

Mas, éstos intentos de sepración y delimitación de los contornos propios de cada tipo contractual frente a los de otros, evidencian indudablemente una situación = primordial de confusión e indeterminación entre ellos = (349). Y ni siquiera ésto pasó inadvertido a la jurisprudencia romana. Así Gayo nos informa de que veteres in emptione venditioneque appellatione promiscue utebantur (Dig. 19,1,19), y Festo nos dice, de acuerdo con otras fuentes (350) que venditiones olim dicebantur censorum locationes. Pero esta primitiva indeterminación, superada lentamente con el meritorio esfuerzo de la jurisprudencia, no afecta solamente a los distintos tipos contractuales, sino también a las situaciones mismas protegidas a través de cada uno de los distintos tipos reconocidos. Por ello SCHULZ = ha podido decir que "un solo instituto jurídico debe ser-

vir para fines diversísimos; relaciones sociales muy distintas están sometidas a un mismo régimen jurídico" (351). Pero tampoco esta circunstancia escapó a los mismos jurisconsultos romanos y así Ulpiano nos advierte que

"Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula" (Ulp. libro XXX ad Sabinum, Dig. 19,5,4).

En estas condiciones y a la vista del carácter absolutamente no comerciable del cadáver humano y de su consiguiente falta absoluta de idoneidad para ser objeto de una "compraventa", podemos preguntarnos si los vocabula emptio-venditio no encerrarán también en sí otros negotia distintos, para cuya naturaleza no constituya un obstáculo la condición mencionada.

C A P I T U L O I I I

LA INTERPRETACION DE GAYO, 3, 146 QUE JUZGAMOS MAS
ADECUADA.- PROBLEMAS QUE ENTRAÑA.

1. El problema de la calificación

1.1. La calificación como compraventa

1.1.1.

Después de haber puesto de relieve y comentado brevemente en el capítulo I los principales problemas suscitados por Gayo, 3,146 desde algunas de las perspectivas con que el fragmento puede abordarse, se ofrecerá en este capítulo teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer en el anterior, la interpretación del texto que se propone en esta tesis. Para ello parece conveniente comenzar por el problema que implica la calificación como compraventa (352) del negocio realizado por el lanista y el organizador de los juegos respecto de los gladiadores que resulten en la lucha muertos o debilitati, pues ya se ha indicado que la calificación como arrendamiento del llevado a cabo respecto de los que salgan integrí no ofrece ningún problema.

Ya expusimos, con la amplitud suficiente, que parecía necesaria a la vista de lo numeroso y extendido de los autores y doctrinas que mantenían una opinión con-

traria, cómo la condición jurídica no comerciable del cadáver humano en el derecho romano privaba a los gladiadores muertos de la idoneidad necesaria para poder constituir el objeto de un contrato de compraventa. Se ha visto también cómo esta falta de idoneidad no sólo era explícitamente afirmada por los jurisconsultos, sino que derivaba de la concepción general de la naturaleza de los mismos, de tal modo que esta falta de idoneidad constituía = un obstáculo de carácter insalvable, no apto para ser removido por la jurisprudencia; y que la naturaleza misma = de esta concepción hacía inviable la eliminación de esta dificultad mediante el recurso a ciertos medios proporcionados por la técnica jurídica, tales como la introducción de una ficción o la creación de un ius singulare.

Sin embargo, se ha visto también cómo Gayo, el mismo Gayo que en III,97 informa sobre el carácter absolutamente in comerciable del cadáver humano, presenta en III, 146 con toda naturalidad un supuesto en el que los cadáveres de los gladiadores muertos en la lucha constituyen el objeto de un emptio-venditio. Y es necesario destacar cómo Gayo expone este supuesto con toda naturalidad, sin que la aparente contradicción existente entre III,97 y III,146 le mueva a dar alguna explicación o a hacer algún comentario al respecto. Por el contrario, tan sorprendente calificación provoca un comentario que, al menos aparente--

mente, está orientado a explicar problemas puramente técnicos relativos sólo a la mecánica de la calificación contractual, pero sin ninguna relación con el problema planteado por la idoneidad del objeto en el caso de la calificación como compraventa. También podría pensarse que la discusión de la jurisprudencia podía haber estado motivada por la dificultad de admitir una compraventa con semejante objeto, pero ésta es, sin duda, una conjetura que no encuentra ninguna base en el texto, donde, por el contrario, parece indicarse que la dificultad radica en un aspecto puramente limitado a la mecánica negocial: idque ex accidentibus apparet tamquam sub condicione facta cuiusque venditione an locatione. Iam enim non dubitatur quin sub condicione res veniri aut locari possint. Si la duda radicara en la falta de idoneidad del objeto, encontraríamos en el texto alguna referencia a ella; sin embargo, éste problema está ausente de la explicación que se nos proporciona en el fragmento y en él se marca el acento en el otro, en el de la duda sobre el contrato celebrado y los problemas de mecánica negocial que plantea la calificación del convenio descrito.

La duda se centra en distinguir un tipo contractual del otro, en determinar los perfiles de cada uno de ambos contratos. Ello viene, además, paladinamente manifestado en 3,145 y por la cadena de "Item quaeritur" que liga a todos estos fragmentos.

Desde esta perspectiva, el hecho ^{que} de/ el objeto de = la emptio-venditio considerada fuera de una naturaleza insalvablemente no comerciable, no parece haber constituido = ningún problema para la jurisprudencia romana a la hora de emitir su calificación. Por ello quizá sea conveniente tomar en consideración algunos supuestos en los que -según nos informan las fuentes- esa misma jurisprudencia apreció la existencia de una emptio-venditio en casos en que su = objeto ha de considerarse como francamente no comerciable, para ver si ellos pueden arrojar alguna luz sobre el caso que aquí nos interesa.

1.1.2.- La compraventa de las res sacrae, religiosae, publicae.

Entre las varias cuestiones que, relacionadas con la problemática suscitada por casos anómalos de compraventa, atrajeron la atención de la jurisprudencia romana, merece la pena mencionar aquí dos, cuyo eco nos ha llegado a = través de varios fragmentos del Digesto. Entre ellos hay que destacar en primer lugar uno de Modestino (D., 18,1,62,1) y otro de Ulpiano (D., 11,7,8,1) que han sido objeto de denodados esfuerzos exégeticos por parte de la doctrina (353). Dicen así:

"Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel pública pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur" (Mod., libro V regularum, Dig., 18

"Si locus religiosus pro puro venisse =
dicetur, praetor in factum actionem in eum
dat ei ad quem ea res pertinet; quae actio
et in heredem competit, cum quasi ex empto
actionem contineat" (Ulp., XXV ad edictum,
Dig., 11,7,8,1).

En ambos textos se alude, como se acaba de decir, a dos problemas: uno es el de la comercialidad de las cosas sacras o religiosas o públicas, que viene resuelto, = como era de esperar, a favor del carácter no comerciable de ellas (354). Como consecuencia natural de la in comerciabilidad de tales objetos, la compraventa que versa sobre ellos es considerada nula por ambos jurisconsultos. Esta solución ha de aceptarse pacíficamente como plenamente congruente con los principios clásicos. El otro problema, que es el que constituye, en realidad, la cuestión = planteada en ambos textos, es el del medio procesal adecuado para proteger los intereses del que locus religiosus pro puro o del que nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit. Es precisamente la solución propuesta para esta segunda cuestión lo que ha motivado serios problemas a la doctrina y una ardorosa polémica sobre ambos textos y los términos de los mismos (353). Lo único que aquí interesa es destacar que la mayoría de = doctrina (a excepción de SCIALOJA Y SARGENTI y también en parte a excepción de LONGO en uno de sus últimos escritos (356)) se ha pronunciado en contra la pureza de ambos frag

mentos. Y, en verdad, no parece faltar razón a éste último punto de vista. Partiendo de que la compraventa es nula por falta de idoneidad en el objeto (que está constituido por unas cosas de naturaleza absolutamente incomerciable), la primera afirmación de Modestino (Dig. 18,1, = 62,1) de que emptio non teneat resulta irreprochable. Pero, lo que resulta inesperadamente sorprendente es su segunda afirmación "(licet emptio non teneat) ex empto tamen adversus venditorem experietur ...". La compraventa es nula, pero la acción que se nos presenta como adecuada para hacer valer los intereses del que no es comprador, es, precisamente, la acción de compraventa.

La consideración de que semejante solución no puede ser clásica, a parte de otros mil razonamientos, encuentra un serio apoyo en la diferencia existente entre este fragmento y el de Ulpiano relativo al mismo tema (Dig. 11,7,8,1). El supuesto contemplado por éste último es idéntico al contemplado por Modestino, si se exceptúa la ^o mención de los loca sacra vel publica, diferencia que puede considerarse irrelevante, habida cuenta, además, de que en el texto de Modestino, se mencionan también los loca religiosa; como irrelevante debe considerarse también la diferencia de expresión entre uno y otro texto: nesciens y pro puro, respectivamente. Pues, bien, ante un supuesto paralelo al de Modestino, Ulpiano, se pronuncia =

por una acción in factum, mucho más adecuada, sin duda para proteger los intereses del "comprador" en la compraventa que nunca existió. El último inciso del fragmento ulpiano vendría a ser un añadido justinianeo, más o menos ajeno al pensamiento del jurista clásico, que tendría, además, la virtud de desvelar el criterio compilatorio que habría ocasionado la interpolación en el fragmento de Modestino, en cuya redacción originaria se habría propiciado la concesión de una actio in factum, como en el fragmento de Ulpiano, o quizá una acción de dolo según otro sector de la doctrina.

Todo esto es indiscutiblemente muy verosímil y el recurso a la interpolación explica una fuerte contradicción entre las soluciones propuestas por maestro y discípulo, además de dejar bien clara la total inocencia de Modestino en la concepción de texto tan "monstruoso" (357).

Pero, si bien se mira, lo que puede tener de monstruoso el texto de Modestino (que es lo mismo que puede tener de monstruoso el texto de Ulpiano), es la concesión de una acción de compra para la protección de intereses derivados de una compraventa nula. Porque no se puede buscar apoyo en estos fragmentos para la hipótesis tímidamente avanzada por Longo (358), quien, apoyándose en sugerencias de DE VISSCHER (359), apunta, sin reservas que "nella pra-

tica quotidiana, vendite lato sensu relative a res religiosae potevano aver luogo. Una volta assicurata la re-
ligio del sepulcrum, la immutabile destinazione di esso, gli atti di disposizione del titolare potevano apparir =
"leciti" y que los compiladores "svolgono, se non m'ingan =
no, adentellati classici, pur sfigurandone l'originaria
impostazione, o, quanto meno, dilatandone la portata"; =
(360) MURGA que desarrolla un pensamiento paralelo (361),
encuadrándolo en las líneas generales de la evolución =
del tratamiento de las res sacrae en la historia del de-
recho romano, no vincula, sin embargo, esta idea al pen-
samiento de Modestino y de Ulpiano expuesto en estos dos
fragmentos.

Sin embargo, hay que observar que las compra- =
ventas mencionadas en ellos son claramente consideradas
nulas por Ulpiano y Modestino. Por eso, la anomalía que
ofrecen los textos no deriva del carácter no comercia- =
ble de las cosas compradas o vendidas, cuya condición de
res extra commercium no se discute en ellos, sino que que =
da claramente admitida en ambos, hasta el punto de deter =
minar la nulidad de la compraventa que pretende recaer =
sobre ellas. La anomalía deriva únicamente de que de una
compraventa nula se haga nacer una acción de compraventa.
El problema sería el mismo si la nulidad de la compraven =
ta derivase de cualquier otra causa, o si la falta de =

idoneidad del objeto obedeciera a cualquier otra circunstancia. Y en este sentido no sería éste un caso aislado que nos presentaran las fuentes. No parece por ello que estos textos -hayan de considerarse interpolados, o no; eso es una cuestión distinta- deban interpretarse como = un exponente de un cambio en la consideración del carácter comerciable o no de las cosas religiosas, sagradas o públicas, pues la problemática que en ellos se plantea = es totalmente ajena a esta cuestión. Por eso, la interpretación más adecuada de las que se han dado a Dig. 11, 7, 8, 1 y a Dig., 18, 1, 62, 1 quizá sea la que ya había sido tímidamente apuntada por LONGO(362) en una línea de pensamiento que es también seguida por SARGENTI, (quien da a sus reflexiones un carácter más amplio, en cuanto que se refiere también a otros supuestos en que la acción de = compraventa es utilizada para proteger a las partes que han intervenido en contratos de venta nulos, cuya nulidad no deriva siempre del carácter no comerciable del objeto de la pretendida compraventa). Por lo que se refiere a = los fragmentos que se están comentando aquí, SARGENTI, = que sostiene la genuinidad de Dig., 18, 1, 62, 1, cree, sin embargo, que el fragmento correspondiente a Ulpiano sí fué objeto de manipulación por los compiladores, y = ello no sólo por lo que se refiere a su defectuosa redacción (que es indiscutible y ha sido puesta de relieve =

por todos los críticos del texto), sino especialmente = por lo que se refiere a la inserción en el mismo de la = actio in factum, que constituiría una introducción justiniana, ajena al pensamiento de Ulpiano (363). SARGENTI cree que, dentro del sistema procesal romano clásico, = la acción más adecuada para proteger las relaciones que estamos estudiando sería precisamente la acción de compra venta, de buena fé, que, frente a las consideradas por = los autores como procedentes (actio in factum o actio doli), sería la única que permitiría una condena in id quod interest, que es lo que se pretende en los fragmentos examinados según SARGENTI (364), mientras que -arguye- la actio in factum y la actio de dolo sólo permiten la condena in quanti ea res est (365). Su pensamiento queda perfectamente resumido en el siguiente comentario al texto de Modestino: "evidentemente el jurista excluía los efectos normales del contrato, lo que no le impedía, dada la naturaleza de buena fé de la actio empti, admitir la posibilidad de interponer ésta para regular las relaciones entre las partes a partir de la nulidad del contrato" (366).

Sea lo que sea lo que se piense respecto de la clasicidad de la concesión de la acción de compraventa en estos supuestos, en lo que conviene insistir aquí es en = que en todos ellos la compraventa de la cosa no comerciable es considerada nula y en que, por tanto, el problema

que se plantea en estos textos es el de cómo (¿en la época clásica?) puede decirse que de un contrato nulo deriva la acción propia de ese contrato. Es decir, el problema = que se plantea es el de la vinculación de la relación procesal y la naturaleza de la relación protegida, pero no = el de la validez de la compraventa de las res extra commercium.

Por lo demás la nulidad de dichas ventas es paladinamente afirmada en otros lugares. Para no repetir Dig., 45,1,103; Gayo, 3,97; Dig., 44,7,1,9, ya reproducidos = (366~~15~~), que insisten sobre el carácter no comerciable de = estas cosas, que no se refieren directamente a compraventas, sino a estipulaciones, aunque la diferencia, como ya se apuntó, a estos efectos es irrelevante, se mencionarán aquí solamente, ad abundantiam, Dig., 18,1,22 y PS.I,21, 7.

Por todo ello, no parece que los textos de Ulpiano (D. 11,7,8,1) y de Modestino (D., 18,1,62,1) arriba reproducidos, que han constituido el caballo de batalla = en torno al cual se ha centrado la discusión sobre la existencia o inexistencia de una compraventa de este tipo de res extra commercium puedan proporcionar alguna base para tal discusión, o, al menos, arrojar alguna luz sobre el = problema que aquí se está tratando, que es el de la posibilidad de que Gayo y la jurisprudencia de cuya opinión =

éste nos da noticia, hubieran calificado el convenio descrito en el fragmento III, 146 de la Instituta gayana como = constitutivo de una compraventa que tuviera por objeto los gladiadores muertos en la lucha gladiatoria.

1.1.3.- La compraventa del homo liber.

Vinculado con la cuestión que se acaba de considerar (y vinculado en las mismas fuentes romanas) se nos presenta otro caso de compraventa cuyo objeto tampoco puede considerarse como una cosa comerciable, sino más bien como una entidad jurídica distinta, que ni siquiera tiene la consideración de res: el homo liber (367). Precisamente esta condición jurídica del homo liber, mucho más próxima a la del cadáver humano que las de las res sacrae o religiosae o publicae como se vió en el capítulo I, presta al supuesto mayor interés.

La relación existente entre la compraventa del homo liber y la de las res sacrae, religiosae, o publicae es acentuada en los textos de la compilación justiniana hasta el extremo de la equiparación. Así se lee en Inst. 3,23,5:

"Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis =

vel profanis deceptus a venditore emerit,
habebit actionem ex empto, quod non habe-
re ei liceat, ut consequatur, quod sua =
interest deceptum eum non esse. Idem iuris
est, si hominem liberum pro servo emerit".

Con este fragmento concuerda también en el mismo
sentido Dig. 18,1,4:

"Et liberi hominis et loci sacri et =
religiosi, qui haberi non potest, emptio
intellegitur, si ab ignorante emitur". =
(Pomp. IX Ad Sabinum).

El pensamiento que inspira a ambos textos lógicamente debería hacer superflua una consideración del problema de la compraventa del homo liber independiente de la de las res sacrae o religiosae o publicae, que se acaba de hacer en las páginas anteriores. Sucede, sin embargo, que ambos textos no son los únicos que en la compilación se refieren a la venta del homo liber y que el resto de las fuentes relativas al mismo tema no se muestran siempre concordes con ellos, sino que nos ofrecen un panorama que obedece a orientaciones a veces totalmente distintas. Por ello es doctrina común que tanto el texto de Pom

ponio, como el que hubiera podido servir de modelo para la redacción de las Instituciones de Justiniano, hayan = sido objeto de manipulación por los compiladores justinianeos; de una manipulación que obedece a un radical = cambio de criterio respecto de la cuestión que estamos = considerando ahora.

Así, a excepción de HAYMANN (368) que cree que la venta del homo liber sería nula a lo largo de todo el derecho clásico, habiéndose admitido su validez en el derecho justiniano, el resto de la doctrina viene a coincidir, de un modo o de otro, en que mientras Inst., 3,23,5 y Dig., 18,1,4 reflejan el tratamiento de la cuestión en el derecho justiniano, el régimen de la misma en el derecho clásico sería distinto, admitiéndose en éste en = algún caso la validez de semejante compraventa. Tal opinión encuentra apoyo en fragmentos mismos del Digesto, de diverso contenido que los dos textos transcritos, y en = los que pueden apreciarse, incluso rastros de una polémica jurisprudencial sobre el particular y algunos indicios que permiten aventurar la hipótesis de que quizá en una = época primitiva, anterior a dicha polémica, la solución = dada por el ordenamiento al problema de la venta del homo liber, habría sido probablemente, la de la nulidad.

Pero, veamos las fuentes.



Quizá la primera regulación del problema de la venta del homo liber se pronunciaría por la nulidad, obediendo a la aplicación de los principios generales relativos al caso, y dando a éste problema una regulación semejante a la de la venta de las res sacrae, religiosae o publicae. Esto no tendría nada de particular y ha de considerarse como el régimen más lógico, puesto que no es sino consecuencia de la aplicación del mismo principio al mismo supuesto: la nulidad de la venta derivaría (en un caso, como en otro) de la falta de idoneidad en el objeto. Este punto de vista se encuentra reflejado en la pregunta dirigida a Paulo por Licinio Rufino, que se nos ha transmitido en Dig., 40,13,4:

"... In libero autem homine neque venditio constitit et nihil est quod veneat
..." (Paulo, XII quaestionum)

En cualquier caso, fuera esa o no, la primera regulación sufrida históricamente en el derecho romano por el problema de la venta del homo liber, lo cierto es que ella es la que obedece a los principios generales aplicables al caso y lo cierto es también que la jurisprudencia romana no dejó de considerar esta posible regulación para el caso en cuestión y que un sector de esa jurisprudencia se mostró partidario de adoptarla definitivamente. =

Tal opinión, sin embargo, no prosperó y un sector mayoritario de la ciencia jurídica romana impuso otra distinta, aceptando en determinados supuestos la validez de dicha compraventa. Esto nos consta gracias a un fragmento del mismo Licinio Rufino, recogido en el Digesto:

"Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantibus id fiat. Quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret. Quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur". (Licinio Rufino, libro VIII regularum, Dig., 18,1,70).

Así, pues, presumiblemente tras una discusión jurisprudencial sobre el tema, la mayoría -plerique- de los jurisconsultos romanos consagró la posibilidad de realizar válidamente una compraventa que tuviera por objeto un homo liber. La posibilidad de la validez de semejante compraventa, que parece corresponder al régimen genuinamente clásico, frente a los textos arriba reproducidos en sentido contrario, posiblemente alterados, aparta sensiblemente el tratamiento (en esa época) de la venta del homo liber del tratamiento adecuado a los casos en que la compraventa tuviera por objeto res sacrae, religiosae o publicae. En este último caso la compraventa se considera nula (licet emptio non teneat dice Modestino (369);

en el caso del homo liber, la compraventa se considera válida (emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, dice Licinio Rufino (370)). Por eso no resulta superfluo considerar separadamente ambos supuestos.

Sin embargo, debe observarse, por otra parte, = que la validez de semejante compraventa sólo es aceptada por la jurisprudencia en el caso de que el comprador ignore la condición libre del homo comprado, tanto si la conoce, como si también la ignora el vendedor. La expresión = de Licinio Rufino, que refleja fielmente, sin duda, los = términos de la opinión triunfante en la época clásica, no deja lugar a dudas en este sentido; pero en él se insiste también en otras fuentes y siempre se pone de relieve que la ignorancia del comprador es un requisito indispensable para que una compraventa semejante se encuentre dotada de validez. La aportación en este sentido de Celso parece haber tenido notable importancia (371):

"Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra aut religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius (Pomp. IX ad Sabinum. Dig., 18,1,6, pr.)."

No obstante, la necesidad de la ignorancia del comprador respecto de la condición libre del hombre comprado es puesta de relieve siempre que la jurisprudencia se refiere a este negocio. En ello insiste también Paulo al responder a la pregunta de Licinio Rufino de que se ha hecho mención antes:

"... venditio quidem tam servi quam =
liberi contrahi potest et stipulatio de
evictione contrahitur: non enim de eo =
loquimur, qui sciens liberum emit". (Paulo
XII quaestionum, Dig., 40,13,4).

Así, pues, las fuentes (las genuinamente clásicas según la opinión prácticamente unánime de la doctrina actual) nos transmiten el testimonio de la validez de una compraventa que tuviera por objeto un hombre libre, pero en esas mismas fuentes se hace siempre la salvedad de que tal venta sólo se considerará válida en el supuesto de ignorancia del comprador sobre la condición libre del hombre comprado. La razón por la que la jurisprudencia clásica = dotó de validez a semejante negocio también nos viene expresada en las fuentes:

"Quia difficile dinosci potest liber ho-
mo a servo" (Paulo, V ad Sabinum, D.,18,1,
5).

De este modo, la validez otorgada al mencionado negocio ofrece un carácter notablemente excepcional que = permite a ARANGIO-RUIZ hablar de "compravendita putativa" "establecida únicamente para tutela de la buena fé" (372). Y, en efecto, el reconocimiento de su validez constituye una excepción al principio general, cuya aplicación hubiera debido producir la nulidad insalvable del negocio, = pues no parece aceptable la opinión (373) de que la venta que estamos contemplando sea una compraventa totalmente = normal, habida cuenta de la posibilidad de ejercer una = posesión de buena fé sobre el homo liber, que permitiría al comprador ejercerla sobre el hombre comprado, haciendo así posible el cumplimiento de la obligación principal del vendedor. Sin duda las exigencias de la vida, los frecuentes abusos de los mercaderes de esclavos, las circunstancias de este tráfico en general, indujeron a la jurisprudencia a dotar de una protección especial a quien comprase un hombre libre creyéndole esclavo. Sin duda esa protección pudo haber adoptado otro cauce, pero las fuentes son suficientemente explícitas en cuanto al que fué preferido.

Fué preferido como medio de protección para == quien comprase un hombre libre, creyendo de buena fé que compraba un esclavo, el expediente de considerar la compraventa plenamente válida y totalmente eficaz. Ciertamen

te con ello se dió entrada en el ordenamiento a una solución contraria a la que debería haber prevalecido y que, según el testimonio de Licinio Rufino, fué considerada = por la jurisprudencia romana y desechada por su mayoría. En puridad, la jurisprudencia debería haberse pronunciado por la nulidad de semejante compraventa, pues, como dice el mismo Licinio Rufino, y ello es incontestable, in libero autem homine ... nihil est quod veneat. (Dig., 40, 13,4). La aplicación de los principios generales debería haber provocado una rotunda declaración de nulidad del = negocio, como hemos visto que sucedió, cuando se trataba de comprar una cosa sacra, religiosa, o publica. En el caso de la compraventa del homo liber no sucede así. La jurisprudencia decidió apartarse de la aplicación de los principios generales pertinentes e introducir una regulación especial, no concordante con ellos. Naturalmente, = la decisión jurisprudencial no es arbitraria, sino que = tiene un carácter excepcional y obedece a una razón constantemente mencionada por los prudentes cada vez que aluden al supuesto: el error del comprador sobre la condición libre del hombre comprado y la facilidad de incurrir en ese error.

Por eso, la relación de los supuestos de la compraventa del homo liber y las de las res sacrae, religiosae o publicae no es tan vaga como a primera vista pudiera parecer, a causa de la diferencia existente ^{en} la regula-

ción de que son objeto ambos supuestos. En los dos casos se trata de compraventas que recaen sobre objetos sustraídos al comercio de los hombres. Y en los dos casos, como = consecuencia de una estricta aplicación de los principios generales, el negocio debería declararse nulo con la consecuencia de que, en principio, no debería producir ningún = efecto en ninguno de los dos casos. Sin embargo, en ambos casos, la jurisprudencia estima que debe protegerse la buena fé del comprador ignorante de la condición no comerciable de la cosa comprada y, en el supuesto de que tal ignorancia exista, decide en ambos casos proveer a esa protección. Lo hace, sin embargo, a través de distintos medios: considerando válida y eficaz la compraventa en un caso; = considerándola nula, pero concediendo quizá incluso la = actio empti (licet emptio non teneat), en el otro. El fundamento de la protección de la compraventa que no debería producir ningún efecto, es, sin embargo, en ambos casos, = el mismo: la protección de la buena fé del comprador; y en ambos casos, también, esa protección se basa en el mismo = motivo: la facilidad de incurrir en el error, confundiendo la naturaleza de la cosa comprada.

Por eso, los dos casos, si bien se diferencian notablemente entre sí a causa de la calificación de la compraventa, se nos presentan como muy semejantes en el fondo. Evidentemente, no es ésta la sede adecuada para tratar de dilucidar por qué la jurisprudencia romana utilizó medios

distintos para conseguir los mismos resultados en casos =
semejantes. Lo que nos interesa destacar aquí es que, así
como la protección otorgada a la compraventa pro privatis
de las res sacrae, religiosae o publicae no se mostraba =
muy útil para aclarar el problema de la calificación como
emptio venditio del negocio celebrado respecto de los gla-
diadores muertos o debilitati en Gayo, 3,146, la protección
otorgada por la jurisprudencia a la compraventa del homo =
liber tampoco puede servirnos para arrojar alguna luz so-
bre ella.

En efecto, por más que en el caso del homo liber
se considere válida la compraventa por la jurisprudencia =
romana y por extremadamente grande que sea la semejanza en
tre el objeto de la prestación del vendedor en este caso y
en el de los gladiadores muertos de la Instituta gayana, =
la razón fundamental por la que la jurisprudencia romana =
aceptó la validez de la compraventa del homo liber, no se
da en el convenio contemplado en Gayo, 3,146. En este últi-
mo fragmento no hay ningún error sobre la condición que =
haría comerciable al objeto de la compraventa allí mencio-
nada. Hemos visto cómo en todos los fragmentos (incluso en
los alterados por los compiladores) en que se habla de la
validez o de la eficacia de la compraventa del homo liber
se nos recuerda que es requisito imprescindible de ésta =
el error del comprador acerca de la condición libre del

mismo, de igual modo que en la compraventa de las cosas =
sacras, religiosas o públicas se nos recuerda siempre que
cualquier eficacia está subordinada a la circunstancia de
que ellas sean compradas pro privatis, pro puro, pro profa-
nis, ab ignorante, y otras expresiones semejantes, por más
que en este caso la venta, aun nula, produzca, por lo menos,
el efecto de dotar al convenio de una protección procesal
adecuada.

En el caso que nosotros estamos contemplando aquí,
ésto es, en el convenio celebrado entre el lanista y el or-
ganizador de los juegos privados de Gayo, 3,146, tal igno-
rancia o tal error no existen. Las partes adoptan una regu-
lación de prestaciones y contraprestaciones respecto de =
los gladiadores muertos que es calificada por la jurisperu-
dencia como emptio-venditio. Pero no adoptan semejante re-
gulación por error o ignorancia respecto de la condición =
de dichos gladiadores, sino teniéndola bien presente y, =
precisamente, en atención a ella. Como ya se ha dicho, aquí
se entiende y se sostiene que la muerte de los gladiadores
no es un acontecimiento accidentalmente operante en el ne-
gocio, sino que forma parte esencial del mismo. Se quiere
la regulación calificada como compraventa respecto de los
gladiadores muertos precisamente porque están muertos, no
aunque están muertos. De ello no puede prescindirse en la
consideración de Gayo, 3,146 y excluye toda semejanza en-
tre el supuesto contemplado en este fragmento y la compra

venta válida realizada respecto del homo liber de que nos hablan otros textos de las fuentes romanas, porque la validez de la compraventa en el último supuesto descansa siempre en el error o la ignorancia de la condición del objeto que debería determinar la nulidad del negocio celebrado, = mientras que la existencia de tal condición es requisito determinante de la celebración del convenio descrito en Gayo, 3,146, por lo que no existen en el caso contemplado en este fragmento tal ignorancia, ni tal error.

Por todo ello, ni de la protección otorgada a la venta de las res sacrae, religiosae, o publicae, ni de la concedida a la venta del homo liber en las fuentes romanas puede traerse argumento a favor de la validez de la = emptio-venditio mencionada en Gayo, 3,146, en relación con los gladiadores que hubieran resultado muertos como consecuencia de las contingencias del juego gladiatorio.

1.1.4.- La aestimatio.

1.1.4.1. La aestimatio en la doctrina.

En relación sin embargo con la concepción romana de la emptio-venditio y con supuestos de compraventa que = pueden considerarse anómalos en cuanto que se apartan de = la concepción estricta que de dicho contrato maneja la ciencia jurídica actual, las fuentes nos ofrecen un testimonio inapreciable: el de la existencia de otra institución cuyas



OTICA
RECHO

implicaciones con la compraventa han dado lugar, especialmente en la última doctrina a polémicas no menos ardorosas que las provocadas a propósito de las cuestiones anteriormente examinadas (la venta de res extra commercium y del homo liber): se trata de la aestimatio. Hemos de referirnos, pues, a ella y considerar algunos de sus aspectos y algunas de las cuestiones que en torno a la misma pueden suscitarse y que, de hecho, se han suscitado. la referencia será muy incompleta y relativamente breve, pero resulta necesaria, tanto más cuanto que, según se defiende en esta tesis, la institución a que se acaba de aludir puede ser extremadamente útil para resolver uno de los problemas más importantes planteados por el fragmento 146 del libro III de las Instituciones de Gayo y proporcionarnos, así, la clave de la calificación gayana.

Se acaba de decir que la referencia que aquí se va a hacer a la aestimatio será incompleta y relativamente breve. Ello puede parecer contradictorio con la importancia que aquí se atribuye a esta institución para la interpretación del texto que estamos estudiando; sin embargo, no lo es. Este carácter viene motivado por dos circunstancias: en primer lugar la falta de estudios de conjunto sobre la aestimatio en la literatura romanística moderna (374); en segundo lugar, el carácter extremadamente concreto de los dos aspectos que de dicho instituto interesa manejar ahora para defender la tesis que aquí se sostiene.

En efecto, como acertadamente indica CALONGE, "las fuentes hacen mención de variadísimos tipos de aestimatio, = y así encontramos, entre otros, una aestimatio census, litis, poenae, multae, possessionis, dotis. Además encontramos en las fuentes un contrato, de perfiles no bien definidos, que los juristas romanos denominaron aestimatum. Sólo un estudio profundo de cada una de estas variantes de la aestimatio y un detenido exámen comparativo después, podrá aclarar algunos de los muchos problemas que ahora restan en pié, entre = ellos el mencionado de los orígenes y en especial, el de = llegar a saber si la aestimatio tiene una naturaleza unitaria en su aplicación a los diversos campos jurídicos donde aparece o si, por el contrario, resulta un instituto del todo diverso según el campo en el que opere" (375).

Y, si KRUECMANN pudo decir que la emptio-venditio "in seiner Bedeutung schillert", no menos puede decirse = en el estado actual de la ciencia romanística respecto de = la aestimatio, a la vista de los no escasos fragmentos relativos a ella que existen en las fuentes (376), de la falta = de estudios doctrinales que se hayan ocupado del tema en su conjunto (377) y de la diversidad de instituciones a las = que se aplica (378). Naturalmente, por todo ello, no es posible llevar a cabo aquí un estudio exhaustivo del tema, = pero sí analizar algunos textos que pueden arrojar luz suficiente sobre la cuestión que se está estudiando en este momento (y, aun, en cierto modo, a través de ella, sobre la = misma aestimatio en general) y ayudar a explicar el contenido y el sentido del problema planteado por Gayo en el frag-

nento 146 del libro III de sus Instituciones.

.1.4.2. Aspectos de la aestimatio que aquí interesan.

Que la aestimatio como pacto añadido a una relación contractual tenga por finalidad atribuir el riesgo -el periculum en sentido técnico- a aquella de las partes contratantes a la que no le correspondería soportarlo con arreglo a los naturalia negotii del contrato celebrado, es una afirmación generalmente aceptada en la doctrina (379) de un modo pacífico, principalmente después de las investigaciones de BETTI = sobre esta cuestión (380). Por ello no parece necesario que nos detengamos más a propósito de este punto, que, por otra parte, quedará, además, incidentalmente ilustrado en el comentario de los textos que se analizarán y estudiarán a continuación respecto de este tema.

Este es, justamente, uno de los aspectos de la aestimatio que conviene destacar a los efectos de la tesis = que aquí se sostiene.

El otro aspecto, en cambio, está constituido por = la relación de la aestimatio con la compraventa y, al revés que el anterior, no es aceptado por la doctrina de un modo = tan pacífico en unos casos, tan claro en otros, como el antes mencionado. Será necesario, por ello, un examen de los textos que se refieren a este segundo aspecto para esclarecer y fundamentar la posición que se sostiene aquí.

1.1.4.3. Analogía de Gayo 3,146 con Dig., 19,2,3 y examen especial de éste último.

Se ha visto ya cómo la intención de las partes en el convenio descrito por Gayo es la de poner al lanista a salvo de la pérdida que implica el perecimiento o el lisiamiento = de los gladiadores en la lucha gladiatoria, es decir, la = de hacer asumir al organizador de los juegos un periculum = que, con arreglo a los naturalia negotii del contrato de = arrendamiento, gravaría sobre el lanista-arrendador en el supuesto de que éste se hubiera limitado a celebrar con el organizador de los juegos una locatio-conductio pura y simple. La misma finalidad de atribuir el riesgo de la cosa = arrendada al arrendatario es la que se persigue con la estimación del instrumentum fundi en Dig., 19,2,3, donde la opinión de Próculo, transmitida -y, salvo interpolación, = es de suponer que aceptada- por Pomponio equipara los efectos de esa aestimatio a los de la celebración de una emptio-venditio. Dice así Pomponio en este fragmento:

"Cum fundus locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur" (Pom., libro nono ad Sabinum; Dig., 19, 2,3).

En el texto hay que distinguir tres cuestiones. = en primer lugar, la alteración por vía convencional (a tra-

vés precisamente de la aestimatio del instrumentum fundi) = del régimen normal de atribución del periculum de la res locata (en este caso el instrumentum fundi), haciendo recaer éste sobre el arrendatario y exonerando de él al arrendador, que es quien debería soportarlo en el caso de no haber intervenido la aestimatio, con arreglo a los naturalia negotii del contrato de arrendamiento. Esta cuestión no ofrece ninguna dificultad y este aspecto del texto es pacíficamente interpretado en este sentido, a excepción de = MAYER-MALY, quien niega que mediante la aestimatio se produzca la transmisión del riesgo sobre todo el instrumentum, pero no razona semejante afirmación (381).

En segundo lugar, hay que distinguir otro aspecto y es el de las consecuencias que comporta la intervención = de la aestimatio en la relación existente en punto a su calificación, en cuanto que, por virtud precisamente de la = aestimatio celebrada, la relación existente se viene a considerar según la opinión de Próculo y de Pomponio, como una emptio venditio.

Finalmente, cabe destacar en el fragmento el reenvío que se hace en su inciso final a las normas que rigen = en materia de aestimatio dotis, equiparando este último supuesto con el de la aestimatio del instrumentum del fundo arrendado y ambos con el de una emptio-venditio.

Dejando aparte el primero de los aspectos del text to que se han mencionado, esto es, el de la alteración en la atribución del riesgo, que, como se ha dicho, no ofrece problemas, vamos a analizar el segundo, es decir, el de la asimilación a la compraventa del supuesto contemplado.

1.1.4.3.1.- Consideraciones sobre la venta del instrumentum fundi. Posiciones doctrinales a este respecto.

Sin discutir la genuinidad del texto en este punto, y, aceptando, por consiguiente que en el pensamiento = de Próculo, transmitido por Pomponio, se estableciera una relación entre la aestimatio del instrumentum fundi y la = emptio-venditio, se han propuesto por los autores varias interpretaciones para dicha relación.

Por un lado, OSUCHOWSKI (382) piensa que nos hallamos ante un caso de aestimatio venditionis causa, por lo que habría que considerar que en el supuesto descrito, las partes quieren, ab initio, la existencia de un contrato = de compraventa del instrumentum fundi, ya que "la aestimatio venditionis causa se orienta a cambiar la mercancía = por dinero; no es solamente en último lugar sino siempre = de un modo incondicionado como ella se sustituye a la obligación de restituir el objeto del contrato" (383), porque

"la aestimatio desempeña aquí el papel del precio, de modo que hay plenamente una venta de la cosa" (384).

Por otro lado, BETTI, cuya interpretación es seguida por BURDESE (385), cree que "la expresión agi indica una interpretación de la regulación de intereses prevista = por las partes en el marco del arrendamiento con la cesión contra valoración del conjunto de instrumentos necesario = para el cultivo del fundo. La construcción de una emptio = sirve sólo para justificar, con un título de adquisición = oneroso (tenido en cuenta en la renta correspondiente), los poderes de disposición material atribuidos al arrendatario sobre aquel conjunto de instrumentos" (386) y entiende, = además, que en la calificación que comentamos, la emptio- = venditio no tiene más finalidad que la de desempeñar la función de iusta causa traditionis.

Por su parte, MATER-MALY (387) destacando el = acierto de BETTI en observar que la jurisprudencia trató = de interpretar la verdadera voluntad de las partes y dar = a ésta su cauce jurídico apropiado, rechaza, sin embargo, la interpretación de conjunto del autor italiano (388) y = entiende que la emptio-venditio mencionada en el texto no se limita a cumplir la función de una iusta causa traditionis, y que esta construcción implicaría una ficción. Remitiéndose a OSUCHOWSKI, considera que la recepción de la co

sa sería calificada como una compraventa desde la época =
de Próculo, y, frente a la tesis de BETTI, afirma que ==
"vielmehr ist das aestimierte instrumentum echt, aber auf
Kredit gekauft" (389).

CALONGE, adoptando una posición congruente con su
interpretación de los problemas involucrados en este frag-
mento, no cree que nos hallemos en él frente a una compra-
venta, sino, a lo sumo, ante una apariencia, o ficción =
de ella. Y, situándose en una línea semejante a la de =
BETTI (a quien cita en su apoyo) entiende que Pomponio =
aportaríá únicamente la opinión de Próculo para indicar =
que el instrumentum aestimatum que recibe el colono es =
como si estuviera comprado" (390). El subrayado no es =
del original. Con él se ha querido destacar -de nuevo- =
la relación que en el pensamiento de CALONGE tiene la ca-
lificación como compraventa con el empleo de la ficción.
Por entender que la consideración del papel desempeñado =
por la compraventa se reduciría a servir de iusta causa =
traditionis, criticaba MAYER-MALY la interpretación de =
BETTI. CALONGE, citando a MAYER-MALY, sin refutarlo, pare-
ce asumir esta crítica, pero referida naturalmente al pen-
samiento de Pomponio o de Próculo.

Como se vé, las interpretaciones que se han emi-
tido sobre el texto pueden agruparse en dos tendencias. Una

de ellas acepta plenamente (¿con todas sus consecuencias?) la calificación de la aestimatio como emptio-venditio = transmitida en D., 19,2,3 y entiende que en el supuesto = contemplado las partes quisieron realizar un verdadero = contrato de compraventa. La otra, sin negar la genuina = claridad del fragmento, al menos en el inciso que se re = fiere a la calificación, acepta la calificación de la = aestimatio por los clásicos como una emptio-venditio, pe = ro como una emptio-venditio que sólo sirve para justifi = car, en cuanto título oneroso, la disponibilidad que se = bre el instrumentum fundi se supone atribuida al colono. Ambas líneas de interpretación no parecen, sin embargo, = las más adecuadas al sentido del texto.

De entrada, la interpretación de BETTI adolece de una petición de principio, pues en ella se supone la = atribución al colono de unos poderes de disposición mate = rial sobre el instrumentum fundi cuya justificación requie = re la existencia de una adquisición del mismo a título one = roso, extremo éste que ni resulta probado, ni es evidente por sí mismo. ¿Qué poderes especiales de disposición mate = rial son esos que se atribuyen al colono sobre el instru = mentum fundi en el caso contemplado? Ninguna mención de = ellos se hace en Dig., 19,2,3. Es de suponer que el colono tendría los poderes de disposición material que todo arren = datario tiene sobre la cosa arrendada. Pero para justifi =

car estos poderes no se requiere ninguna adquisición de la cosa a título oneroso, sino que basta con la detentación = que el arrendatario ejerce sobre la cosa arrendada; y una y otros encuentran suficiente justificación en el contrato de arrendamiento celebrado. La atribución al colono de = unos poderes especiales de disposición material sobre el = instrumentum fundi distintos de esos otros que corresponden a cualquier arrendatario sobre la cosa arrendada y que requie- rirían una justificación a través de una adquisición a título oneroso, sólo puede encontrar base en una determinada consideración preconcebida del texto. No cabe duda de que si el instrumentum fundi ha sido vendido y entregado al = colono, éste tendrá sobre él unos poderes de disposición = -material y jurídica- superiores a los que tendría si no = se le hubiera vendido; pero esos poderes los tendrá en cuanto comprador (no en cuanto arrendatario). Mas sólo sucederá en el supuesto de que se haya querido celebrar una = compraventa y serán esos poderes consecuencia de la compraventa realizada, pero no la compraventa -como único cauce = apto para justificar su atribución- la consecuencia necesaria de la atribución de esos poderes extraordinarios de disposición, cuya atribución al colono no resulta en absoluto claramente existente ni probada. Y, si no se atribuye al colono ninguna facultad extraordinaria, no resulta de ningún modo necesaria la intervención de ningún título de adquisi-

ción oneroso para su justificación, porque los poderes de disposición material que el colono tiene sobre el instrumentum fundi están suficientemente justificados por su condición de detentador de la cosa en concepto de arrendatario.

La tendencia de interpretación del fragmento que vé en él la existencia de una compraventa que en realidad no es una compraventa, sino que sirve sólo para proporcionar una iusta causa a la traditio del instrumentum fundi (pero que, sin embargo, ha de considerarse en realidad como una compraventa), introduce indiscutiblemente en la construcción contemplada en el fragmento que comentamos una ficción como acertadamente puso de relieve MAYER-MALY (390). Pero puede pensarse que quizá esa ficción no fué introducida por la jurisprudencia romana, sino por la doctrina moderna que sigue esta interpretación del texto.

Por otra parte, la afirmación de BETTI de que la jurisprudencia llega a la calificación como emptio-venditio del convenio realizado entre el arrendador y el colono al llevar a cabo una aestimatio del instrumentum fundi, a través de una interpretación típica de la voluntad de las partes contratantes, es sin duda un acierto, que debe reconocerse al autor italiano. Sin embargo, en el caso contemplado, ofrece algunas dificultades, tanto desde el punto de =

vista económico, como desde el punto de vista jurídico, la consideración de la existencia de una compraventa; y tanto la consideración de una compraventa que sirva únicamente = para introducir una ficción, como la de una compraventa == real y verdadera, se considere ésta realizada a crédito = (391), o no.

El problema que implica la naturaleza jurídica = del instrumentum fundi -¿accesorio, parte, pertenencia = del fundo?, ¿cosa independiente de él?- no puede ser abordado en su conjunto en esta sede. Para lo que aquí interesa, basta señalar que cuando se arrienda un fundo es obligación del arrendador entregar al arrendatario no sólo el fundo, sino también el instrumentum necesario para su = cultivo (instrumentum que, según las condiciones y destino del fundo, variará, evidentemente, de contenido), y = que el arrendador está obligado a proporcionar estos objetos necesarios para el cultivo junto con el fundo, derivando esta obligación solamente del contrato de arrendamiento como elemento natural y sin necesidad de ningún pacto especial. La obligación de entregar el instrumentum fundi está, pues, implícita en la obligación de entregar la cosa arrendada. Por lo demás, no se distingue entre el régimen aplicable al instrumentum fundi y un régimen distinto aplicable a la cosa arrendada, y ello sin necesidad de

que haya intervenido con ese fin ningún pacto especial. =
Así, si el arrendador no entrega junto con el fundo arren-
dado su instrumentum, éste le podrá ser reclamado median-
te la acción de arrendamiento. Del mismo modo, si alguno =
de los objetos que constituye el instrumentum fundi se de-
teriora por culpa del colono, éste podrá ser hecho respon-
sable de dicho deterioro mediante la acción de arrendamien-
to. Todo ello resulta suficientemente diáfano según Dig. =
19,2,19,2:

"Illud nobis videndum est si quis fundum
locaverit, quae soleat instrumenti nomine =
conductor praestari, quaequae si non praes-
tet, ex locato tenetur. Quod si culpa coloni
quid eorum corruptum sit, ex locato eum te-
neri. Haec omnia sic sunt accipienda, nisi
si quid aliud specialiter actum sit". (Ulp.
libro XXXII ad edictum) (392).

Llegados a este extremo conviene deducir dos con-
secuencias: por una parte el instrumentum fundi tiene la =
consideración de cosa arrendada, no de cosa independiente,
respecto del fundo para cuyo cultivo sirve, al menos en el
caso de que dicho fundo sea arrendado (393). Por otra, co-
mo consecuencia de esta consideración del instrumentum fun-
di, el colono tendrá sobre él los poderes de disposición =

material que todo arrendatario tiene sobre la cosa arrendada, (nisi si quid aliud specialiter actum sit). Que = algo especial se haya establecido en el caso que comentamos viene dicho en el propio texto: ha intervenido una aestimatio del instrumentum, pero no consta que se hayan concedido al colono poderes de disposición especiales sobre él. Queda por esclarecer el alcance de esta aestimatio y si ella supone y en qué medida, un quid aliud specialiter actum que afecte (y también en qué medida) a lo dicho en Dig., 19,2, 19,2, arriba transcrito, en el cual ha de considerarse = que se contiene el régimen común y general normalmente aplicable al instrumentum del fundo arrendado (394).

La determinación de los objetos que constitúan el instrumentum fundi fué materia de discusiones y distinciones en el seno de la jurisprudencia romana (395). Dos cosas, sin embargo, permanecen firmes en cuanto a él se refiere. Una de ellas es su concepto mismo:

"Quippe instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio" (Dig., 33.7.12.pr., Ulp. libro XX ad Sabinum).

La otra es la importancia de ciertas cosas sobre cuya consideración como parte del instrumentum fundi no hay discusión:

"Conservandi fructus causa, veluti grana-
ria, quia in his fructus custodiuntur, ur-
ceos capsellas, in quibus fructus componun-
tur: sed et ea quae exportandorum fructuum
causa parantur, instrumenti esse constat, =
veluti iumenta et vehicula et naves et cup-
pae et culei" (Dig., 33,7,12,1, Ulp. libro
XX ad Sabinum).

A la vista de estos dos puntos firmes en la juris-
prudencia romana, cabe hacer algunas sugerencias a través
de las cuales la existencia de un verdadero contrato de =
compraventa -como quieren OSSUCHOWSKI y MAYER-MALY- o de =
una compraventa ficticia con los efectos que le atribuyen =
BETTI y BURLESE, aparece como un negocio absurdo en un do-
ble orden de ideas.

En efecto, consideremos en primer lugar la cues-
tión desde una perspectiva puramente económica, teniendo =
en cuenta las ventajas e inconvenientes que puede ofrecer
en este orden al arrendador y al colono semejante compra-
venta. Si el instrumentum fundi está constituido por todas
aquellas cosas sin las cuales resulta imposible explotar =
el fundo, parece perfectamente lógico que el arrendador las
proporcione al colono con el fin de que éste pueda cultivar

la finca arrendada y obtener de ella el beneficio que pueda obtenerse usando la cosa con arreglo a su propio destino. = Pero ésto resulta lógico siempre que el arrendador (en cuanto arrendador) se lo proporcione al arrendatario (en cuanto arrendatario), es decir, siempre que estas cosas necesarias para la explotación del fundo se proporcionen vinculadas a = la explotación del fundo. Quiere decirse que, naturalmente, cuando haya de devolverse el fundo por el arrendatario (ya que el arrendatario tiene la obligación de devolver la cosa arrendada), lo lógico es que todo aquello sin lo cual no = puede explotarse el fundo, sea devuelto por el mismo. Esto es lo que sucede en el arrendamiento del fundo y de su inseparable instrumentum con arreglo a lo dicho en Dig. 19, 2, 19, 2. Pero en la hipótesis de que el instrumentum sea = vendido al colono, éste no estará obligado en modo alguno a restituir dicho instrumentum. La consecuencia natural de ello será que al término del arrendamiento, el arrendador recibirá un fundo que no puede cultivarse, puesto que se = le devolverá el fundo, pero no se le devolverá, en cambio, ninguna de aquellas cosas sin las cuales la finca no puede ser explotada. Deberá, entonces, volver a equipar el fundo, tanto si desea cultivarlo él mismo, como si desea arren = darlo a otra persona, la cual, naturalmente, deseará arren = dar el fundo en las circunstancias normales, que son las = contempladas en Dig., 19, 2, 19, 2, es decir, no el fundo sólo, sino con su instrumentum correspondiente. En el texto

no de nos habla de la duración del arrendamiento, pero éste mira, en todo caso, a la devolución de la cosa arrendada, = y habida cuenta de la cantidad e importancia de las cosas que constituyen el instrumentum fundi (aperos de labranza, esclavos, molinos, naves, graneros, etc.), la idea de renovar dicho instrumentum cada vez que termine el arrendamiento del fundo, resulta absolutamente inconcebible en un sistema económico como el del mundo romano. Además, la utilidad que la compra de todos estos objetos pueda reportar al colono cuando se vea privado del fundo no resulta tampoco explicable de una manera muy satisfactoria, salvo en casos muy concretos (y no debe olvidarse que la aestimatio es un pacto muy frecuente que se añade no sólo al arrendamiento, sino a otro notable número de relaciones obligatorias). Pero, si se tiene en cuenta que entre las cosas que forman parte del instrumentum fundi no sólo se encuentran cosas muebles o semovientes (algunas de gran valor, como esclavos o barcos), sino también inmuebles como los graneros o los molinos, el carácter económicamente absurdo de la compraventa considerada, resulta aún mayor. Piénsese que la venta del instrumentum fundi implica la venta de una parte del fundo mismo, al comprender la venta de inmuebles tales como molinos y graneros. De este modo resulta muy dudosa la utilidad que pueda reportar, tanto al arrendador, como al arrendatario, aunque sobre todo al primero, la venta del instrumentum fundi al colono. Por otro lado, ¿para qué querría el arrendatario la propiedad de tantos graneros o molinos =

como fundos hubiera arrendado estimados enclavados en otros tantos fundos ajenos? y ¿cómo iba a desprenderse de ellos el arrendador, para verse obligado a construir otros, si quería cultivar por sí mismo o volver a arrendar el fundo al término del arrendamiento? La aestimatio del instrumentum fundi, tan frecuente, a juzgar por los testimonios de las fuentes, se convertiría en una venta paulatina y progresiva del fundo arrendado.

Mas, con todo, no es éste absurdo, de carácter económico, el único que puede considerarse en la compraventa contemplada. Más importante aún es el absurdo jurídico que ella implica y que nos ha de resultar más interesante, pues las consideraciones de los eventuales intereses o conveniencias de las partes, si no pueden despreciarse a la hora de la calificación, sobre todo en materia de contratos consensuales, tampoco constituyen, desde un punto de vista jurídico, razones decisivas.

Bien es verdad que desde un punto de vista estrictamente jurídico nada se opone a la realización de actos de disposición sobre el fundo y sobre el instrumentum separadamente. Aparte de los principios jurídicos que inspiran las instituciones en juego, ello resulta patente de las palabras de Paulo en Dig.33,7,1,pr:

"Sive cum instrumento fundus legatus =
est sive instructus, duo legata intellegun-
tur". (Paulo, libro IV ad Sabinum).

Pero si ésta posibilidad de disponer separadamen-
te del fundo y de su instrumentum podría aducirse como =
argumento a favor de la tesis que defiende la existencia =
de una verdadera compraventa en Dig., 19,2,3 que estamos =
contemplando, no puede decirse lo mismo del cauce jurídico
a que se habría recurrido para llevar a cabo dicha compra-
venta.

Si el arrendador desea vender, separadamente del
fundo para cuyo cultivo sirve, el instrumentum, tiene a su
disposición un medio jurídico perfectamente apto y directa-
mente encaminado a obtener esa finalidad: el contrato de =
compraventa. (Y no puede argumentarse que mientras dure el
arrendamiento está obligado a facilitar al colono el dis-
frute del instrumentum fundi, porque esta dificultad puede
obviarse fácilmente, más todavía si el comprador es el pro-
pio colono, sometiendo, por ejemplo la venta a un término
suspensivo, o celebrando un pacto que exonere al arrenda-
dor de la obligación de proporcionar al colono el instru-
mentum del fundo arrendado). Sin embargo, tal contrato =
de compraventa no se celebra, y, en cambio, según la inter

pretación que quiere ver en el supuesto contemplado un = verdadero contrato de compraventa, se recurre para obtener esa finalidad a la celebración de un contrato de arrendamiento, al que se añade un pacto,

En el texto se nos habla claramente de un fundo arrendado y de un colono. Ello supone evidentemente, la = celebración de un contrato de arrendamiento. Sin embargo, se nos dice por los autores cuya interpretación del texto se está criticando ahora, que lo que quería realmente el arrendador no era arrendar el fundo, sino vender su instrumentum y que para ello habría recurrido a la celebración de un contrato de arrendamiento (más un pactum adiectum) ... lo que vendría a constituir un contrato de compraventa del instrumentum fundi. Obsérvese que, en definitiva, se está afirmando el absurdo de que para comprar o vender, en lugar de celebrar un contrato de compraventa, se puede celebrar un contrato de arrendamiento. Porque, = aunque, naturalmente, el efecto equiparado a la compraventa no se hace descansar en el contrato de arrendamiento, sino en la aestimatio que se le ha añadido, o la aestimatio se considera como un pacto añadido al arrendamiento, en cuyo caso es el propio contrato de arrendamiento más o menos modificado en sus elementos naturales, pero en definitiva siempre el contrato de arrendamiento = el que se equipara a la compraventa; o la aestimatio es =

en sí misma un simple contrato de compraventa, en cuyo caso es mucho más sencillo celebrar directamente un contrato de compraventa respecto de lo que se quiere vender, = que celebrar, para venderlo, un contrato de arrendamiento.

Así, pues, la existencia de un contrato de compraventa en el supuesto considerado en Dig., 19,2,3 resulta un absurdo completamente inexplicable de una manera = satisfactoria. Por eso, la única interpretación razonable y acertada desde esta perspectiva para la emptio-venditio a que allí se alude parece ser la de CALONGE: no hay que ver en ella más que la referencia a una vaga analogía, un "como si".

Sin embargo, el texto es concluyente: id agi ut instrumentum emptum habeat colonus. Y no es posible eludir el problema, tanto más cuanto que a esta conclusión se = llega por la jurisprudencia en vía de interpretación típica de la voluntad de las partes, según la observación de BETTI que parece acertada y que se acoge en este trabajo.

1.1.4.3.2.- La remisión de Dig. 19,2,3 al régimen de la dote estimada.

Pero queda todavía por analizar el último aspecto que distinguíamos en el fragmento y que está contenido en su inciso final: sicuti fieret cum quid aestimatum in dotem daretur.

La doctrina que se ha ocupado del texto ha prescindido, sin embargo, totalmente de este inciso en la interpretación del pensamiento de Próculo transmitido por Pomponio. Así, como se ha visto, la referencia a la aestimatio dotis contenida en él no juega ningún papel en las construcciones de BETTI, que no expone ninguna sospecha de alteración del texto (396), ni de OSUCHOWSKI, que afirma tácitamente su genuinidad (397). BURDESE, que la defiende, en cambio explícitamente (398) y acepta, como se dijo para Dig. 19,2,3 la interpretación de BETTI, se limita a decir que la aestimatio contemplada desempeña la misma función de iusta causa traditionis en el caso de estimación de las cosas dotales, que en el caso de estimación del instrumentum fundi. Para este autor, el texto sólo proporciona una información sobre uno de los títulos a través de los cuales el marido adquiere la propiedad sobre las cosas dotales: en este caso se trata de la traditio.

Ya se dijo que MAYER-MALY, que rechaza la interpretación de BETTI en la que cree ver el recurso a una ficción, entiende que nos hallamos ante un verdadero contrato de compraventa del instrumentum fundi, pero piensa que la equiparación entre la entrega de la dote y la entrega de la cosa arrendada es el único elemento ficticio en la construcción de Próculo (399). No niega con ello la ==

genuinidad de la remisión, pero también prescinde con ello de este inciso final para una interpretación de la emptio venditio mencionada en Dig. 19,2,3.

Otro grupo de autores ha prescindido también de esta parte del texto en su interpretación del fragmento,= pero ello no por descuido en el análisis del mismo, sino por considerarlo fruto de una interpolación justiniana. Ya WOLFF lo había considerado como un añadido compilato-== rio debido a la falsa consecutio temporum que vió en él (400). Sin embargo, quizá sea más acertada la opinión de BURDESE a quien no parece éste argumento decisivo (401). Desde otro punto de vista también ha negado la genuini-== dad del texto CALONGE, que cree que cum - daretur es totalmente justiniano. Tal consideración obedece a la concepción del profesor español acerca de la evolución histórica experimentada por el derecho dotal romano, ya que él entiende que en la época clásica la aestimatio dotis no = es considerada como una compraventa, sino que esta cons-== trucción se impone en el derecho justiniano con la finalidad de transmitir al marido la propiedad de las cosas = dotales (402). Pero, concretamente respecto de nuestro = texto, las razones alegadas por CALONGE para defender el carácter interpolaticio del ~~inciso~~ final no parecen suficientemente convincentes. Dice textualmente: "La mención final de la aestimatio dotis evidentemente no es de Pró-

culo, ni creemos que pueda atribuirse a Pomponio, sino =
que es una típica interpolación justiniana de final de =
texto, que posiblemente vaya aparejada a una supresión =
del razonamiento de la solución proculeyana por Pomponio" =
(403). Pero la semejanza formal que pueda existir entre =
el inciso que estamos comentado y una típica interpola-==
ción justiniana de final de texto, no es razón suficien-
te para negar la genuinidad del mismo. Por otra parte el
que la solución clásica haya sido sustituida por una in-
terpretación justiniana es una posibilidad que no puede
rechazarse a priori, pero que hay que demostrar; y que la
mención final de la aestimatio dotis evidentemente no sea
de Próculo, es algo que tampoco se demuestra por sí mismo.

Salvo en el caso de CALONGE, que proporciona una
interpretación del fragmento (con la que podrá coincidir-
se, o no; eso es una cuestión aparte), sin prescindir de
ninguno de sus elementos y una interpretación congruente
con el resto de su propio pensamiento respecto de las cues-
tiones involucradas en el texto, la posición de la doctri-
na en la interpretación de Dig. 19,2,3 resulta en general
inadecuada y más bien inaceptable, al prescindir de una =
manera inexplicable de una parte fundamental del fragmen-
to que comenta y que quizá desempeñe en el mismo un papel
decisivo.

- 203 -

1.1.4.4. La calificación de la aestimatio dotis como vera venditio por la jurisprudencia romana clásica. El problema de la genuinidad de Dig., 23, 3, 10, 4 y 5.

En efecto, ya se ha visto cómo el contrato de compraventa considerado por la doctrina en Dig. 19, 2, 3 = resulta doblemente absurdo. Aquí se sostiene que el absurdo que supone esa compraventa sólo puede salvarse a través de los elementos de interpretación que proporciona el inciso final del texto. Y aún más, que la remisión que en él se hace a las normas que rigen en materia de aestimatio dotis no es un expediente encaminado a salvar vergonzantemente este absurdo, sino que abre nuevas perspectivas en lo que se refiere tanto a ella como a la aestimatio de la cosa arrendada, poniendo de relieve aspectos que pueden arrojar alguna luz sobre la aestimatio en general. Se afirma también el carácter genuinamente clásico del texto y de su inciso final y la abierta intención de Próculo y Pomponio de relacionar el problema que se plantea en él con lo que éste tiene de semejante con la problemática propia de la aestimatio dotis.

Respecto de ésta y del problema que nos ocupa = encontramos en las fuentes un texto atribuido a Ulpiano = que es suficientemente elocuente al respecto. (Y no parece superfluo destacar en este momento la semejanza apreciable entre el pensamiento de Pomponio y el de Ulpiano acerca de la relación existente entre la aestimatio dotis y la compraventa, puesta de relieve por MIQUEL comentando Dig. 23, 3, 14 y 15 (404)). Dice así el citado texto de Ulpiano:

Pr. "Plerumque interest viro res non =
esse aestimatas idcirco ne periculum rerum ad
eum pertineat, maxime si animalia in dotem
acceperit vel vestem, qua mulier utitur: =
eveniet enim si aestimata sit et eam mulier
adtrivit, ut nihilo minus maritus aestima-
tionem eorum praestet. Quotiens igitur non
aestimatae res in dotem dantur et meliores
et deteriores mulieri fiunt.

4.: "Si ante matrimonium aestimatae res
dotales sunt, haec aestimatio quasi sub =
condicione est: namque hanc habet condicio
nem "si matrimonium fuerit secutum". Secutis
igitur muptiis aestimatio rerum perficitur
et fit vera venditio".

5.: "Inde quaeri potest si ante muptias =
mancia aestimata deperierint, an mulie-
ris damnum sit, et hoc consequens est dicere:
nam cum sit condicionalis venditio, pendente
autem condicione mors contingens exstinguat
venditionem, consequens est dicere mulieri
perisse, quia nondum erat impleta venditio,
quia aestimatio venditio est". (Dig. 23,3,
10, pr. 4 y 5 Ulp. libro XXXIV ad Sabinum).

La identidad de la calificación y la semejanza de los supuestos calificados como emptio venditio por Ulpiano en un caso y por Pomponio y Próculo en el otro no hacen como se ve nada despreciable la mención que en el inciso final de D. 19,2,3 se hace a las normas que rigen en materia de aestimatio dotis. En ambos casos se contempla un supuesto en que se ha recibido una cosa estimada (en un caso en concepto de dote, en el otro en concepto de arrendamiento) y en ambos casos se nos dice que quien la ha recibido debe ser tratado como si la hubiera comprado. En el caso de la aestimatio de la cosa arrendada, el discurso del jurisconsulto se detiene ahí, pero remite para una mayor aclaración al régimen aplicable en materia de dote estimada. Según Dig. 23,3,10,4 y 5 la estimación de las cosas dotales se considera como una verdadera venditio. Pero incluso en las mismas fuentes el alcance de esa vera venditio queda notablemente perfilado y reducido de modo que semejante venditio resulta notablemente peculiar: == (405).

La posición de los autores dista mucho de ser unánime en lo que se refiere a la clasicidad del fragmento que se acaba de reproducir presentado bajo el nombre de Ulpiano y que afecta directamente a la discusión en torno a la consideración de la aestimatio dotis como compra-venta. La polémica que aún permanece viva en la doctri

na respecto del problema que implica esta calificación, lo ha involucrado por ello en sus discusiones y en ella se ha puesto en cuestión su genuinidad. En verdad que razones = formales no parecen faltar, pues el texto ofrece una redac = ción sensiblemente chocante que ha sido puesta de relieve por todos los detractores de su clasicidad. Las críticas, sin embargo, se han dirigido separadamente a los párrafos 4 y 5. Por ello, aunque en ambos se afirma paladinamente = la equiparación de la aestimatio dotis a la compraventa, = será necesario analizar separadamente las críticas a dichos fragmentos.

1.1.4.4.1. Las posiciones contrarias a la genuinidad

La mayoría de los autores que niegan la genuinidad del texto se remiten (de un modo u otro, sin aportar = en muchos casos ninguna razón por su parte, considerándola como suficiente y definitiva y haciéndola descansar todo el peso de la fundamentación del carácter interpolaticio sobre ella) a la crítica que del mismo hicieron en su día BESELER Y HAYMANN. Conviene, sin embargo, tener presente tanto la sede en que estos últimos la llevaron a cabo, cuanto el hecho de que criticaron ambos fragmentos separadamente y que sus críticas no afectan en realidad para nada a la = consideración de la aestimatio dotis como venditio. El hecho de que ambos autores defiendan alteraciones en el texto no puede considerarse decisivo en cuanto a la totalidad de la genuinidad de éste, sobre todo cuando las alteraciones señaladas no afectan directamente al problema de la calificación que aquí interesa, y aún más cuando la genuinidad de ésta es aceptada por BESELER y explícitamente defendida por HAYMANN.

Así, este último, que niega la genuinidad del = párrafo 5 en su totalidad, afirma, en cambio, la del párrafo 4 en toda su integridad, con lo que acepta el carácter de la aestimatio dotis como vera venditio. Algo parecido = sucede con BESELER. Este autor se ha pronunciado sobre la genuinidad del texto de manera diversa en dos ocasiones =

distintas. En la segunda de ellas ha modificado su primer criterio, extremando las sospechas de manipulación sobre = ambos párrafos, pero en las dos ocasiones ~~mantine~~ su consideración de la aestimatio dotis como compraventa y sus sospechas se dirigen por otros caminos y se fundan en otras = razones.

Siguiendo un orden cronológico la primera opinión de BESELER se encuentra expuesta en sus "Beiträge". Allí = ~~sostine~~ la existencia de dos interpolaciones en cada uno de los párrafos que estamos estudiando(406). En el párrafo 4º estima compilatoria la frase namque hanc habet condicionem que no altera la sustancia misma del texto ni afecta a nues= tro asunto. A él se refiere, sin embargo, de lleno la otra interpolación que BESELER sostiene como ~~existente~~ en este párrafo. El gran maestro alemán cree que donde dice secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et fit vera ven= ditio los compiladores llevaron a cabo una alteración del = texto clásico escribiendo vera donde la pluma de Ulpiano = habría escrito pura. Pura venditio en lugar de vera venditio: ésta es la entidad de la interpolación que BESELER sostiene existente en el párrafo 4º del fragmento que estamos estu= diando. Como se vé, ella se refiere sólo a la consideración condicional de la emptio venditio que implica la aestimatio dotis según el texto y según BESELER, porque sólo entendi= do que hay una emptio-venditio puede afirmarse que Ulpiano

dijo que esa emptio-venditio era pura en lugar de decir que era vera (407).

En cuanto al párrafo 5º, aparte de considerar compilatorio el hoc que precede al primer consequens est dicere, entiende que es espuria todo el periodo nam cum sit condicionalis venditio pendente autem condicione = mors contingens extinguat venditionem, consequens est dicere; lo que, como se vé, tampoco afecta más que al = carácter condicional de la venditio considerada. Igualmente considera espurio el inciso final quia aestimatio venditio est, pero de ello no puede inferirse que el = autor estudiado niegue el fondo clásico de la afirmación contenida en esta oración, primero porque por razones = formales ha venido tradicionalmente considerándose como un glosema, fundamentalmente por los dos quia del final del párrafo; pero, además y aparte de todo lo dicho respecto del párrafo anterior, porque considera genuina la oración introducida por el primer quia: quia nondum erat impleta venditio, afirmación que también hubiera considerado alterada de haber entendido que la aestimatio = de las cosas dotales no implica una venditio de las mismas.

Con posterioridad, sin embargo, el propio BESELER se volvió a pronunciar sobre la genuinidad de ambos párrafos del mismo fragmento y en esta segunda oca-

sión extendió sus sospechas de interpolación acerca de ellos (408).

Esta vez el párrafo 4º le resulta todo el sospechoso de alteración: desde dotales sunt hasta fit vera venditio. Y el 5º no queda tampoco muy bien parado; ha= de suponerse, según BESELER, que no son genuinos desde = hoc consenques est dicere hasta extinguat venditionem, o sea hasta el segundo consenquens est dicere y, aparte de la sustitución de an mulieris por cuius y de mulieri = por viro ea, propone como interpolada la oración introducida por el primero de los dos quia del final del párrafo: quia nondum erat impleta venditio.

Sin embargo, tan drástico criterio no obedece a un cambio proporcionado en el punto de vista de BESELER respecto del problema que aquí nos interesa, punto éste en el que su opinión sigue siendo la misma y no se ve alterada en absoluto. En efecto, tal cambio de posición respecto a la genuinidad del fragmento obedece a = una reconsideración del mismo desde el punto de vista de la consideración de la compraventa y de la estimatio = como condicionales y desde el punto de vista del sopor= tamiento del riesgo en la compraventa, tema a propósito del cual se suscitaron discusiones en torno al fragmento que comentamos, como ya se dijo (y no en vano BESELER se remite al pronunciarse por segunda vez sobre él a la

interpretación de HAYMANN (409), aunque no comparta la opinión de éste, a la que luego se aludirá, pero sin abandonar sus propios puntos de vista antes comentados.)

Veamos primero lo relativo al párrafo 4º. Aparte de la sustitución de aestimatae res dotales por aestimatae res in dotem datae, lo que provoca la enorme ampliación de la parte del texto que BESELER supone interpolada es la construcción condicional que en él se nos presenta (410), que no afecta a nuestro asunto y que en este momento no debe distraer nuestra atención. Ya se vio cómo las sospechas que exponía en sus "Beiträge" tenían el mismo origen. Pero por lo que respecta a la consideración de la existencia de una compraventa, la posición del autor alemán sigue siendo la misma: "Vera statt pura" (411). Sigue opinando que en el pensamiento de Ulpiano hay aquí una pura venditio, pura venditio que no está sometida a la construcción condicional que nos ofrece el fragmento; pero es esta construcción condicional, y sólo ella, la que es rechazada por BESELER, quien sigue entendiendo que Ulpiano tiene presente en su pensamiento la equiparación de la aestimatio dotis con una venditio, que no es condicional como, según él, quieren los compiladores, sino pura con arreglo al pensamiento clásico de Ulpiano.

Lo mismo hay que decir respecto del párrafo 5º. En cuanto a él, sigue manteniendo el carácter interpolatorio del razonamiento introducido por el primer consequens est dicere. Además, introduce ahora la sospecha = de una nueva interpolación. Los compiladores habrían alterado el criterio de atribución del damnum, atribuyéndolo a la mujer, mientras que, según BESELER con arreglo al criterio clásico, éste debería atribuirse al marido; por eso supone que el segundo consequens est dicere introduciría un viro ea perisse en lugar del mulieri perisse que figura en el Digesto. Pero todo esto en nada contradice lo que hasta aquí se ha venido afirmando. Ni siquiera afecta a la circunstancia de si la aestimatio implica siempre la atribución del periculum de las cosas dotalles al marido, pues este efecto se produce siempre subordinado a la existencia de la dote, la cual se entiende supeditada en el derecho clásico a la celebración del = matrimonio, por lo que hasta ese momento no produce dicho efecto la aestimatio (412), y el supuesto que se está contemplando en el fragmento es precisamente el de que ante nuptias mancipia aestimata deperierint, por lo que la solución del texto en el estado en que ha llegado hasta nosotros es plenamente concorde en este sentido con el estado del derecho clásico. Tampoco afecta a la consideración por BESELER de la aestimatio como venditio = en el pensamiento de Ulpiano. En efecto, más congruentemente con su concepción de la pura venditio y de la cons

trucción condicional que ofrece el texto, el autor alemán se muestra ahora partidario del carácter interpolatorio de la oración introducida por el primer quia: quia nondum erat impleta venditio, pero salva entonces la consideración de la aestimatio dotis como compraventa considerando pura la oración introducida por el segundo quia: quia aestimatio venditio est.

En estas condiciones, difícilmente puede acudirse al pensamiento de BESELER para buscar apoyo a una interpolación que fundamente el origen justinianeo de la construcción de la aestimatio dotis como emptio-venditio, pues ésta es la única afirmación del texto que, a todo trance, es considerada como genuinamente clásica por el mencionado autor.

Algo semejante sucede también en la posición de HAYMANN, que ha sido uno de los críticos más duros y audaces de la pureza del párrafo 5º. Para este autor, = todo él se debe a la intervención de los compiladores, quienes mediante un acto autoritario (Machtspruch) alteran el texto introduciendo una solución contraria a la que hubiera venido impuesta por los principios aplicables al caso dando lugar de este modo a una situación absurda en la que quedan sin protección los derechos de ambas partes contratantes en un contrato sinalagmático (413). Mas, este juicio de valor se debe precisamente

a que HAYMANN cree que los compiladores alteraron en este fragmento (que considera exclusivamente obra suya) el régimen que debería aplicarse con arreglo a los principios clásicos en materia de compraventa (414). Alude, además en primer lugar a una serie de anomalías de carácter formal que también le inducen a combatir la genuinidad del texto.

Destaca en éste sentido la repetición del = consequens est dicere, el hoc que precede al primero de ellos, la ausencia de un sujeto adecuado para perisse y, finalmente, la repetición de los dos quia.

Por lo que se refiere a la ausencia de un sujeto adecuado para perisse conviene tener en cuenta la respuesta de APPLETON a la misma objeción formulada por KONSTANTINOVITCH (415): el sujeto es mancipia sobreentendido (416).

La colocación del hoc que precede al primer = consequens est dicere no tiene ninguna entidad para apoyar sobre ella, ni siquiera en parte, la justificación de la existencia de ninguna interpolación. Por lo demás, evidentemente, esta frase constituye la respuesta a la pregunta formulada en la parte anterior del párrafo; an mulieris damnum sit.

Ciertamente, en lugar de contingens referido a

mors debería haberse empleado otra expresión. Pero a la que figura en el texto se pueden hacer las mismas objeciones si se pone en boca de Ulpiano, como si se pone en boca de los compiladores justinaneos.

La repetición de los dos consequens est dicere = y de los dos quia obedece, sin duda, a un estilo paralelista que tampoco tiene que extrañar mucho en Ulpiano. Ciertamente las reconstrucciones/^{del} texto que se han propuesto eliminando las dos frases supuestamente interpoladas de estas cuatro podrían ser verosímiles, pero todas ellas mutilan considerablemente el sentido del texto, que resulta perfectamente armonioso y aceptable en el estado en que ha llegado hasta nosotros en el Digesto y que no necesita de ninguna corrección que lo haga más adecuado a la pluma de Ulpiano. En el fondo, si bien se mira, la misma estructura paralelista que se observa en el párrafo 5º puede observarse también en el 3º, donde se insiste (y desde una perspectiva hipercrítica podría afirmarse que también de modo superfluo) en la motivación:

"Ad maritum pertinet quia fructibus
computantur ...; in fructum maritus =
habeat, quia fructus dotis ad eum perti-
neat",

sin que esta estructura semejante haya hecho recaer en el párrafo 3º del mismo fragmento sospechas de interpolación (417).

La misma supresión de la oración introducida por el último quia, si bien no mutila sustancialmente el texto, pues la equiparación de la aestimatio dotis con la emptio venditio se repite en el mismo párrafo y también en 4º, restringe, sin embargo, su sentido y su intención. Quizá también por eso BONFANTE (428), aun = considerando este inciso final "non bellamente apposto", afirma que su significado es, sin embargo, exacto, reaccionando contra la amplia corriente que antes y después del maestro italiano ha venido viendo un glosema en esta frase (aunque sin negar la calificación que en ella se contiene) y en la que destacan ya LENEL (419), APPLETON (420), BESELER, en su primera opinión sobre el texto, según se ha visto (421), SECKEL-LEVY (422), y últimamente BURDESE (423), a cuya crítica del texto, que es mucho más amplia y de la que después se hablará, se adhiere CALONGE (424), de cuya opinión también se hará mención más adelante.

En todo caso, interesa destacar ahora que = HAYMANN sostiene también la consideración clásica de la aestimatio dotis como compraventa; que, precisamente = porque piensa que la solución clásica derivada de ella sería distinta de la que nos presenta el párrafo 5º con

sidera a éste interpolado; y que contrapone los defectos formales y la solución de fondo que se da en él a la pureza clásica del párrafo 4º: "Sachlich ist das gegenüber dem echten § 4 nichtssagende Gestammel der beiden quia-Sätze gewiss nicht klassisch" (425). Este párrafo 4º que HAYMANN considera plenamente genuino es precisamente el que contiene la calificación de la aestimatio dotis como vera venditio.

Pero, al igual que BESELER, también HAYMANN volvió a pronunciarse con posterioridad sobre el fragmento y, al igual que BESELER, también HAYMANN mantuvo firme la posición que respecto al punto que aquí nos interesa había expuesto anteriormente. Sólo que este último autor no la modificó en nada, sino que se limitó a insistir sobre ella. En esta segunda ocasión HAYMANN defiende el carácter no clásico de la expresión implere venditionem y trae a colación el párrafo 5º de nuestro fragmento, pero como en el 4º se dice secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et fit vera venditio, no olvida señalar el autor alemán que "das perfici im § 4 ist echt, wie der ganze § 4" (426).

Por ello resulta inexplicable cómo los autores que se muestran partidarios ^{de una} alteración justiniana sobre el fragmento encaminada a introducir la consideración de la aestimatio dotis como vera venditio puedan buscar apoyo en los comentarios que han hecho del texto

BESELER y HAYMANN, Supuesto que las interpolaciones señaladas por éstos últimos hayan de considerarse acertadas, extremo éste discutible y discutido (427) ellas sólo probarían que el texto ha sido manipulado pero únicamente en dos sentidos muy concretos; el de modificar el régimen adecuado a un caso de vera venditio = (según HAYMANN) o el de llevar a cabo esta modificación y construir además la venditio existente como condicional (según BESELER). Porque el hecho de aceptar que un texto haya sido alterado, no implica la necesidad de aceptar que todas las afirmaciones que en él se contengan se deban a una alteración o modificación compilatoria del régimen clásico. Que el texto haya sido manipulado en algunas de sus afirmaciones puede hacerlo sospechoso en cuanto a las demás, pero las alteraciones hay que probarlas y esto precisamente no se ha hecho con la supuesta interpolación de la calificación de la aestimatio como emptio venditio.

Entre los autores que han negado el carácter clásico de esta equiparación con especial referencia al **Fragmento** que ahora comentamos, merecen especial mención BURDESE, CALONGE, BETTI y WOLFF. Examinemos sus argumentos, por el orden cronológico en que fueron expuestos.

Por un lado WOLFF, el cual mantiene una posición (428) que, en relación con las expuestas por la

doctrina en punto a la calificación de la aestimatio dotis como compraventa puede calificarse de ecléctica, que parece coincidir también con la expuesta por MIQUEL (429), que consiste en afirmar que la consecuente aplicación a la aestimatio dotis en todos sus extremos y hasta sus últimas consecuencias de las normas que rigen en materia de compraventa es obra justinianea, pero que encuentra base en una calificación semejante (genuinamente clásica) llevada a cabo por los jurisconsultos clásicos, aunque no es aplicada por éstos de una manera consecuente hasta sus últimos extremos, sino sólo en determinados aspectos. WOLFF propone para los párrafos que ahora nos interesan unas sospechas de genuinidad congruentes con dicha postura.

Así, respecto al párrafo 4º, aparte de reducir la más amplia sospecha de interpolación de BESELER (430) a la frase namque-oondicioem se adhiere por otra parte a la interpretación de este autor en lo que se refiere a la consideración et fit vera venditio y señala además que "quizás" secutis ... rell, sean glosas (431).

En cuanto al párrafo 5º declara seguir la primera opinión de BESELER (432) y la de SECKEL-LEVY (433), en las cuales, como se vió, se mantiene el ca-

rácter interpolaticio de la frase introducida por el =
último quia: quia aestimatio venditio est. Pero, ade-
más, dice considerar interpolada también la frase in- =
troducida por el primer quia: quia nondum erat impleta
venditio, (con lo que evidentemente, se aparta del pen-
samiento de los autores mencionados). En apoyo del ca-
rácter interpolaticio de esta frase aduce; además de
razones de fondo ya expuestas (por SCHULZ y por HAYMANN)
la observación que no parece acertada, de que el imper-
fecto erat no es adecuado. Estima, en suma que "toda =
la fundamentación de la decisión está interpolada" y =
que "los dos quia podían deberse a dos glosas distin-
tas" (434).

Mas en el caso de WOLFF volvemos a encontrar
nos con el pensamiento de un autor que, aun consideran-
do manipulado el fragmento que estudiamos, e interpo-
lado además en dos frases tan importantes como son las
introducidos por los dos últimos quia del párrafo 5, =
no niega, sin embargo, la genuinidad de la calificación
de la aestimatio dotis como emptio venditio, al adhe-
rirse en este aspecto a la interpretación ya estudia-
da de BESELER del párrafo 4º, en el que considera co-
mo genuinamente clásica la calificación de la aestima-
tio dotis como pura (no vera) venditio.

También BETTI se ha ocupado de nuestro texto
(435), pero de una manera tan accidental y tan poco ra-

zonada que realmente no puede discutirse su posición = respecto de él. En realidad se limita a afirmar que = las interpolaciones que defiende en Dig., 23,3,14 y 15 son paralelas a la de Dig. 23,3,10,5 in fine, sin razonar específicamente nada respecto de este último. Sin embargo, su pensamiento resulta interesante, aunque = sea, respecto de lo que aquí nos importa, muy diluido. Para él —está tratando de 23,3,14 y 23,3,15, a los que equipara 23,3,10,5 in fine— la interpolación es audaz y obedece a una doble tendencia. Por un lado a firma que los compiladores aprovechan incluso fragmentos situados fuera de la sedes materiae para afirmar = sus innovaciones acerca del periculum emptoris. Por otro, y éste es el aspecto que más nos interesa aquí, y es el que constituye la otra tendencia de la "audaz interpolación", entiende que en Dig. 23,3,15 (436) emptoris ha sustituido a mariti. La razón sería la tendencia = compilatoria a "rendere omaggio alla costruzione legale —se refiere a la calificación de la aestimatio dotis como compraventa— imposta da Giustiniano (a.530) con la nota costituzione del C. 5,13,1,9,c" pero sorprendentemente, añade a continuación "del resto su addentellati classici" (437), a cuyo efecto se remite a dos constituciones, una de Severo y Antonino del año 201 (Cod. 5.12.1 y específicamente al § 1) y la otra = de Alejandro de 226 (Cod., 5.12,5). No se refiere BETTI

explícitamente a la calificación como compraventa del texto ulpiano de Dig., 23,3,10,4, pero es de suponer = que adoptaría frente a él una posición semejante a la que adopta frente al de Sabino en Dig., 23,3,15. Sin embargo, la audaz tendencia interpolatoria orientada a imponer en el texto de Sabino la "construcción legal impuesta por Justiniano" de considerar la aestimatio dotis como compraventa no queda suficientemente probada ante el reconocimiento de los "addentellati classici" que BETTI considera como genuinos en esta construcción y de los que bien pudiera ser otro exponente el fragmento de Sabino que él considera interpolado y el de Ulpiano que no menciona. Su posición no se muestra suficientemente nítida y parece ser más bien un = poco arbitraria, pero debe tenerse en cuenta, en cuanto que se relaciona con las teorías que se han formulado en la polémica sobre el origen clásico o justiniano de la calificación de la aestimatio dotis como compraventa, en la que se ha negado con tanta frecuencia la genuinidad de no pocos textos por el hecho de no = adaptarse a la concepción previamente intuita por cada autor acerca de la evolución de dicha calificación en el desarrollo histórico del derecho romano.

La genuinidad de la calificación como compraventa ha sido, sin embargo, objeto de críticas mucho más duras y atrevidas. En este sentido BURDESE consi-

dera interpolado todo lo que a ella se refiere y rechaza la genuinidad de et fit vera venditio en el párrafo 4º, y desde hoc consequens est dicere y desde el primer quia hasta el final del párrafo 5º (438). Mas, los argumentos aducidos por este autor quizá puedan no resultar plenamente convincentes.

En efecto, el primer argumento aducido por BURDESE no es de entidad suficiente para demostrar la existencia de una interpolación y además su inconsistencia se pone de manifiesto en la defensa y fundamentación que del mismo lleva a cabo el propio BURDESE. Este autor, al contrario de los demás, critica de una manera en parte separada, pero fundamentalmente y en la medida en que ello es posible, también en parte conjunta, los dos párrafos que estamos considerando aquí.

Su objeción a la calificación ulpiana de la aestimatio dotis como compraventa es simplemente la de que esta calificación resulta inútil.

Si no he entendido mal su pensamiento, considera BURDESE que la calificación como compraventa condicional está orientada a justificar en el caso presente la atribución del riesgo de las cosas dotales al marido, sólo para el tiempo posterior a la celebración del matrimonio, en cuanto que la compraventa no se perfecciona hasta que se cumple la condición (439).

Que en el texto se establezca una relación = entre la aestimatio dotis y una compraventa condicional es algo indiscutible. La genuinidad de esta construcción condicional para la emptio-venditio mencionada es algo que, como se ha visto, ha sido bastante controvertido, pero que no interesa discutir ahora. Sin embargo, que la construcción como compraventa esté orientada a atribuir el riesgo al marido, es algo que no parece exacto. Este efecto queda, desde luego, como señala BURDESE, suficientemente justificado y fundamentado como consecuencia de la propia aestimatio, según se desprende de las propias palabras de Ulpiano recogidas en el principium de este fragmento. Obviamente, la referencia a la emptio-venditio, no tiene esa finalidad, sino que va más allá de ella. Sirve para relacionar el instituto que se está tratando con otros ya conocidos en el seno del ius civile y por razones sistemáticas = se encuentra más vinculado con el párrafo 6º que con el principium del mismo fragmento.

Que la referencia a la emptio venditio sea - inútil porque no añade nada es algo que puede aceptarse, pero sólo desde la perspectiva de BURDESE que limita notablemente las posibilidades de interpretación y que, además, por otras razones (de carácter sistemático principalmente) tampoco parece adecuada. Pero que la cons-



trucción como compraventa no sirva para interpretar la aestimatio como sometida a condición suspensiva, ni para atribuir el riesgo al marido, es algo que no puede sostenerse desde la misma perspectiva adoptada por BURDESE. Así, por ejemplo, para demostrar que la atribución del riesgo de las cosas dotales al marido como consecuencia de la aestimatio se produce siempre de una manera supeditada a la celebración del matrimonio, y con ello el carácter superfluo de la remisión a la compraventa, trae argumento de Dig., 23, 3, 17, 1, donde Paulo establece el mismo principio sin referirse a la compraventa:

"Si re aestimata data nuptiae secutae non sint, videndum est quid repeti debeat, utrum res an aestimatio. Sed id agi videtur, ut ita demum aestimatio rata sit, si nuptiae sequantur, quia nec alia causa contrahendi fuerit, res igitur repeti debeat, non pretium" (Paulo l.VII ad Sabinum).

Pero precisamente, al comentar este fragmento de Paulo pocas páginas antes, BURDESE echa de menos algo cuya supresión en él atribuye a los compiladores: "il testo è alterato: il sed rivela la caduta di un brano intermedio" (440). Y desde luego, no resulta congruente afir-

mar la asistencia de una interpolación en Dig.23,3,10,4 observando que en este fragmento sobra algo que no se dice en D. 23.3.17,1, si precisamente se acaba de afirmar que en este último se ha suprimido algo. Porque lo que no se puede decir es que lo que sobra en un fragmento que se supone que ha sufrido un añadido, es precisamente lo que falta en un fragmento paralelo que se supone mutilado. Naturalmente, BURDESE no supliría la laguna del texto de Paulo con una referencia a la compraventa: "si doveva presumibilmente ribadire che l'aestimatio costituisce l'oggetto dell'obbligo di restituzione" (441). Pero, naturalmente, se trata de una conjetura que no es más que presumible, y cabrían = otras muchas igualmente presumibles.

Por otra parte afirma el autor italiano que la referencia a la compraventa en los párrafos 4 y 5 = resulta inútil porque tampoco sirve para justificar la asunción del riesgo de las cosas dotales por parte del marido, ya que el mismo Ulpiano en los párrafos principium y 1º del mismo fragmento "pareva fondare detta = assunzione sull'essere l'aestimatio, e non la res oggetto della restituzione dotale" (442), lo que sí puede decirse que es un argumento adecuado; no así la otra observación que aduce en apoyo de la misma tesis: que "analoga assunzione di rischio da parte del marito si ha pure in ipotesi di aestimationes che non possono =

nemmeno essere costruite come compravendite" (443), a cuyo efecto se remite a Vat.Fr. 114 y a Dig.24,3,66,3 y 23,3,18, donde cree ver sendos casos en que la aestimatio viene a producir el efecto propio de una especie de permutatio dotis (444). Pero, si BURDESE piensa por una parte que "la asunción del riesgo por parte del marido parece más bien ser una consecuencia de la interpretación típica de la aestimatio en cuestión" (445) y por otra que algunos casos de aestimatio pueden considerarse como una especie de permutatio dotis, no se comprende por qué puede parecerle superfluo que Ulpiano indique en el fragmento que estamos considerando que la aestimatio contemplada debe considerarse como una emptio-venditio. Sobre todo teniendo en cuenta que el análisis de la voluntad de las partes que hace el propio BURDESE "independientemente de la construcción como compraventa" ofrece una regulación de intereses muy próxima a la de la causa de este contrato consensual, (446). Por otro lado, si existe la posibilidad de que la voluntad de las partes en la celebración de la aestimatio coincida o se acerque a las causas típicas de otros contratos (como sucede en los fragmentos antes mencionados en los que BURDESE ve una posible asimilación de la aestimatio dotis con un contrato de permuta) no puede decirse que sea superfluo que Ulpiano aproxime o identifique los efectos de la aestimatio contemplada con los de otro contrato típico bien conocido: la emptio-venditio.

Además, hay que tener en cuenta que el propio BURDESE distingue también entre los testimonios de las = fuentes una serie de casos de aestimatio dotis que produ = ce unos efectos específicos (y que desde este punto de = vista pueden considerarse anómalos o especiales), efec = tos que derivan generalmente de la operatividad de un = pacto celebrado con ocasión de la constitución de la do = te (447), frente a otro tipo "de aestimatio, respecto = del cual se plantea el problema del recurso a la construc = ción de la compraventa. Es el tipo con mucho más frecuen = te que, por lo que resulta implícitamente de las fuentes, no parece requerir ningún pacto específico, siendo puesto en existencia con la simple estimación o indicación del = valor de las cosas dotales" (448). Y hay que tener también en cuenta que este autor considera que dicho tipo de aes = timatio, por ser el más sencillo, habría sido también el primero en encontrar reconocimiento en la praxis y en sus = citar el interés interpretativo de la jurisprudencia, a cuyo efecto se remite a un texto de Ulpiano que refiere = la opinión de Mela (D. 23.4.12.3) y a D., 19,2,3, ya alu = dido donde Pomponio refiere la de Próculo (texto que, co = mo se dijo, BURDESE considera genuino). Que este tipo de aestimatio dotis sea el que proporciona mayores proble = mas en cuanto a la construcción (como compraventa) debi = do a que la ausencia de cualquier indicación pacticia =

haga necesaria ~~la misma~~, la interpretación típica de la verdadera intención perseguida por las partes, es una cuestión distinta (449). Ahora bien, desde esta misma perspectiva, la calificación como compraventa por Ulpiano en el fragmento que comentamos resulta precisamente todo lo contrario de superflua, sobre todo teniendo en cuenta que la interpretación típica de la voluntad de las partes en D.23.3.10,4, según la opinión de BURDESE se aproxima notablemente, como se dijo a la causa propia del contrato de compraventa. Todo ello hace más incomprensible aún la argumentación y la posición de BURDESE contra la genuinidad de la calificación de la aestimatio dotis como emptio venditio que el fragmento 23,3,10,4 nos ofrece como salida de la pluma de Ulpiano, sobre todo cuando se reconoce que desde la época de Labeón, Mela y Próculo, el tipo más extendido y conocido de aestimatio dotis es el asimilado a la compraventa por la jurisprudencia romana con la mayor naturalidad ya desde esa época relativamente temprana = para el asunto que nos ocupa, y admitiendo, como es el caso de BURDESE, que en otras hipótesis la aestimatio pueda asemejarse a tipos contractuales distintos.

Mas, no se agotan en esto los razonamientos de BURDESE contra la genuinidad del fragmento que estudiamos. Recurre también, naturalmente, a motivos de tipo formal.

Solo que en este caso su argumentación resulta sorprendente, pues ella se reduce a la exposición de una intuición respecto del párrafo 4º, que relaciona, sin más, con el = 5º: Nel § 4 il periodo et fit vera venditio con il relativo uso abnorme dell' aggettivo vera ha tutto il carattere di un'aggiunta, che si ricollega con il richiamo alla compravendita fatto ^{nel} § 5" (450). Pero la observación de BURDESE sobre el "uso abnorme" del adjetivo vera en el párrafo 4, no contiene obviamente un reparo formal, sino un = juicio de valor sobre el contenido del mismo, que implica, desde luego, una toma de postura respecto al problema de fondo de la calificación de la aestimatio dotis como emptio venditio. Por otra parte, que el periodo et fit vera venditio pueda tener o no el carácter de un añadido, es un extremo que descansa solamente en la intuición del lector y que en todo caso no justifica objetivamente la consideración del texto como alterado. El párrafo 5 le ofrece, = sin embargo, la posibilidad de exponer más razonadamente sospechas formales. Así, aduce la repetición del consequens est dicere, la expresión cum mors contingens extinguat venditionem y la repetición de los dos quia, que además, le parece superflua, ya que la decisión que viene a justificar, la encuentra suficientemente fundamentada = con el consequens est dicere precedente. Como se ve, repite BURDESE con alguna pequeña variante las objeciones formales que ya había expuesto HAYMANN contra la genuini-

dad del párrafo 5^o. Sobre todo ello ya se ha hablado antes aquí. BURDESE amplía la crítica de HAYMANN a toda la frase cum mors-venditionem. En este punto tiene razón, = pero de nuevo la crítica resulta igualmente adecuada en el caso de que la frase proceda de Ulpiano, como en el de = que proceda de los compiladores. Que hubiera podido aparecer en forma más correcta es innegable, pero como recuerda ARANGIO-RUIZ "también Galileo corregía los versos del Orlando Furioso, mejorándolos en ocasiones, sin pretender por eso que el poema de Ariosto estuviera interpolado" (451).

Conviene finalmente señalar que BURDESE renuncia a proponer una reconstrucción del pasaje en su tenor genuino, e indica que la alteración probablemente sea debida a los compiladores, pero que pudo, quizá tener su base en alguna manipulación postclásica y que sin alterar posiblemente el régimen clásico, tendría la finalidad de armonizar este fragmento con la constitución de Justiniano de 530, recogida en Cod., 5, 13, 1, 9, c. Todo ello resulta, = sin duda, muy razonable como hipótesis, pero no parece = quedar probado en absoluto.

Ultimamente se ha pronunciado sobre la genuinidad de Dig., 23, 3, 10, 4 y 5 CALONGE, quien rechaza como justinianeas todas las referencias a la compraventa que se encuentran en ellos, adoptando una postura plenamente congruente con su concepción de la evolución de la considera-

ción de la aestimatio dotis como emptio venditio: "ya hemos visto cómo la aestimatio dotis en la época clásica se condiciona a la celebración del matrimonio, lo que en época justiniana viene a convertirse en compraventa condicional, como puede verse en los textos que siguen" (entre los cuales cita los fragmentos que aquí interesan) (452).

El profesor español critica separadamente los párrafos 4 y 5. En el primero de ellos considera interpolada la frase secutis igitur nuptiis-venditio (453), pero se limita a afirmar en apoyo de esta consideración que "la última frase parece un añadido justiniano" y que "en todo caso fit vera venditio es inadmisibles, como llega a reconocer el propio BURDESE" (454), situándose en una línea semejante a la de este autor al afirmar que "el problema de fondo es la atribución del riesgo de las cosas estimadas, que no ha de pasar al marido hasta la celebración del matrimonio" (455).

En el párrafo 5º considera interpolado todo el periodo introducido por el primer consequens est dicere hasta el segundo y las dos frases finales introducidas por sendos quia, estimando que la construcción como compraventa es una "construcción que ciertamente no es clásica" y manifestándose en esta ocasión "totalmente de acuerdo con la crítica del texto que ha realizado BURDESE" (456).

Dado el interés que tiene para la tesis que aquí se sostiene la consideración de la aestimatio como emptio-venditio en la época clásica, y la importancia a este respecto de Dig., 23, 3, 10, 4 y 5, ha parecido conveniente reproducir y analizar, como se ha hecho en las páginas anteriores, los argumentos de los autores que se han pronunciado contra la genuinidad de este fragmento de Ulpiano. Como se ha visto, las críticas de fondo que se han dirigido por la doctrina contra ella, o no afectan directamente a la consideración de la aestimatio dotis como emptio venditio (como sucede en los casos de BESELER y HAYMANN), o no se apoyan en argumentos válidos y suficientemente convincentes y toman en realidad como presupuesto lo que debería ser la consecuencia del probado carácter interpolatorio del mismo, esto es, una concepción de la evolución sufrida a lo largo del desarrollo histórico del derecho romano por la consideración de la aestimatio dotis como emptio venditio, dando quizá excesiva importancia a la constitución de Justiniano del 530, pero prescindiendo de sus precedentes clásicos, que sin embargo, no deben olvidarse.

Ciertamente, hay que reconocer que el texto no es un modelo desde el punto de vista formal. Pero motivos formales tampoco ofrece el texto para considerar interpolada la calificación como compraventa. En cuanto

al párrafo 4º solo han podido aducirse su apariencia, su aspecto justinianeos, todo lo cual no autoriza realmente a negar su genuinidad en ningún caso, pero sobre todo cuando, a través de ella, lo que se pretende negar es la clasicidad de la calificación que él contiene. Y si el párrafo 5º ha podido suscitar sospechas más razonadas (457), tampoco parecen éstas, como se ha visto, decisivas. Por otra parte, sin negar el valor que realmente tienen los motivos formales de sospecha, conviene tener presente el prudente criterio de ALVAREZ SUAREZ (458) de desconfianza respecto de los motivos de = sospecha puramente formales.

1.1.4.4.2.- Otras razones a favor de la genuinidad.

Además, los argumentos y las posiciones que se han expuesto hasta ahora son únicamente los de los impugnadores de la genuinidad de Dig., 23,3,10, 4 y 5. La doctrina no es, sin embargo, unánime en el repudio de la pureza de este fragmento; antes al contrario, a favor de ella podrían citarse los nombres de muchos autores. Destacan entre ellos en un grupo que maneja el texto en cuestión o bien sin entrar en la polémica sobre su genuinidad, pero haciendo del mismo un uso que supone una clara toma de postura a favor de ella, o bien defendiéndola contra las críticas de que hubiera sido objeto, MIQUEL, (459), OSUCHOWSKI (461), BECHMANN (462), LAURIA (463). Por otra parte, aun aceptando posibles alteraciones formales debidas a la mano de los compiladores justinianeos, otro importante grupo de autores se ha mostrado partidario de la sustancial genuinidad y claridad del fondo del fragmento. Entre éstos han destacado VASALLI (464), VOLTERRA (465), y AYITER (466).

Sin embargo, puesto que los argumentos aducidos contra la genuinidad del texto por los autores que la han combatido, no se han mostrado como lo bastante convincentes, tal como, quizá, haya quedado probado en las páginas anteriores, no consideramos aquí los aducidos en favor de su pureza por los escritores últimamente mencionados. Un

camente se tomará en consideración uno de carácter metodológico, que no parece haber sido tenido en cuenta hasta el momento por ninguno de los autores que se han ocupado del problema que ahora estamos examinando.

En efecto, si bien la doctrina que se ha enfrentado con la genuinidad de Dig., 23,3,10, 4 y 5 ha fijado su atención en los defectos formales del mismo, hasta el punto de que, por razón de ellos, varios autores que lo consideran genuino en el fondo admiten que el texto haya podido sufrir manipulaciones debidas a los compiladores justinianeos, no parece, sin embargo que esa atención se haya dirigido a la misma estructura lógica del texto.

Sin embargo, todo el fragmento 10 de Dig., 23,3 se ajusta perfectamente a uno de los modelos de razonamientos descritos en los Topica de Cicerón. En efecto, el fragmento ulpiano, en el estado en que ha llegado a nosotros en el Digesto, obedece totalmente al modelo ciceroniano de la coniectura. Esta in quattuor partes distributa est, quarum una est cum quaeritur sitne aliquid, altera, unde ortum sit, tertia, quae id causa effecerit, quarta in qua de mutatione rei quaeritur.(467). Y estas partes son cabalmente desarrolladas en Dig., 23, 3, 10.

Ha de tenerse presente que el tema que está tratando Ulpiano es el del periculum mariti por lo que se refiere a las cosas dotales.

La primera cuestión a tratar (sitne periculum = mariti?) viene resuelta en el principium del fragmento, razonando a contrario de su primera afirmación: plerumque interest viro res non esse aestimatas, idcirco ne periculum rerum ad eum pertineat. Con ello se afirma claramente que el periculum de las cosas dotales existe, al gravar sobre el marido cuando las cosas hayan sido estimadas.

Es de observar que las respuestas a las cuestiones segunda (unde ortum sit) y tercera (quae id causa effecerit) se funden realmente en una sola: la aestimatio. = Ello, sin embargo, no tiene nada de particular, si se tiene en cuenta el concepto de causa efficiens con que opera Cicerón: causam appello rationem efficiendi (468). Y más expresivo aún a los efectos que aquí interesan: origo ... id est causa efficiens (469)). Por otra parte, tampoco debe olvidarse que efficere es en los Topica de Cicerón = sinónimo de oriri (470). Y sucede, además, que en otros casos que las fuentes nos ofrecen del empleo del mismo método cuando el quae id causa effecerit coincide con el ortum, la respuesta a ambas preguntas, o, si se prefiere, = el tratamiento de ambas cuestiones, se hace también unitariamente (471).

Con todo, la doble alusión que se hace a la aestimatio en el principium de nuestro fragmento podría obedecer a la intención de no dejar sin aludir a ninguna de las cues

tiones propias de la coniectura. Dig., 23,3,10, pr. comienza con la afirmación de que en algunos casos el marido soporta el riesgo de las cosas dotales (sitne?) y que esto nace de la intervención de una aestimatio (unde ortum?). Más adelante, sin embargo, se vuelve a insistir en la causa efficiens: eveniet, enim, si aestimata sit et eam mulier adtrivit ut nihilo minus maritus aestimationem eorum praestet. Quotiens igitur non aestimatae res in dotem dantur, et meliores et deteriores mulieri fiunt, se dice en el final del mismo párrafo y, evidentemente, puede tratarse de una respuesta totalmente acomodada a la pregunta = quae id causa effecerit?, que constituye la tercera cuestión a tratar en la coniectura.

La cuarta cuestión, in qua de mutatione rei quaeritur, (an conmutari possit), está destinada a estudiar las posibilidades de transformación del topos en cuestión y su posible relación con otros. Se trata, según RIPOSATI (472), de indagar las cualidades accidentales. A esta cuarta == cuestión están dedicadas, evidentemente, los párrafos 4, 5 y 6 del fragmento. No se trata por tanto de que no tenga nada de particular que en ellos se aluda a la emptio-venditio, y a otros institutos: es que, por las exigencias del método adoptado para el tratamiento del periculum mariti, resulta totalmente necesario hacerlo. Por ello, si en

los párrafos 4 y 5 se dice que la aestimatio venditio est, ello no sucede por casualidad, ni se debe a ninguna arbitrariedad de los compiladores; es, sencillamente, que ha llegado al autor clásico el momento de tratar la cuestión an conmutari possit y, por ello, debe poner su instituto en relación con otros y analizar si puede, o no, transformarse en ellos. En nuestro caso, la respuesta es afirmativa.

Por lo demás, el resto del fragmento está dedicado a desarrollar y a ilustrar las cuestiones que se acababan de ver. Y ello se hace -utilizando casi siempre la conocida división quod est-quod non est- siguiendo un estilo paralelístico muy acorde con las repeticiones -tan censuradas por los críticos del texto- de que "adolece" el párrafo 5 2.

Así, pues, en el estado en que ha llegado hasta nosotros a través del Digesto, todo el fragmento 10 ofrece una notable coherencia y una notable cohesión en su estructura interna. Por razón de ella no hay ningún elemento que sobre en él, y, por razón de ella, debe pensarse que todo él obedece al mismo propósito y a la misma mano, porque obedece al mismo método. Sin hacer absurdas concepciones al azar no puede sostenerse desde una perspectiva razonable que el texto haya sufrido añadidos, al menos -concedamos- sustanciosos, y las adiciones que se propo

nen por los autores que se muestran partidarios de la adulteración del mismo, ciertamente lo son.

Que el texto pueda estar interpolado mediante la supresión de alguna de sus frases originales no resulta inverosímil (473), pero una manipulación compilatoria en otro sentido no parece probable. Para ello habrían tenido que suplir o sustituir íntegramente los compiladores la cuarta cuestión que debió tratar Ulpiano; y no parece probable que la solicitud metodológica, sistemática y estilística de los compiladores llegase a los extremos que serían necesarios para hacerlo en las condiciones requeridas por el estado en que el fragmento ha llegado hasta nosotros.

Por otra parte, la improbable sustitución del texto original ulpiano por otro de origen compilatorio cuenta también con otro argumento en contra. En el mismo libro XXXIV ad Sabinum, que está todo él dedicado a cuestiones dotales y del que procede el fragmento 10 de Dig., 23, 3, Ulpiano se refería a la compraventa, como lo demuestra Dig., 18,1,25, pr. que, según la inscriptio de este fragmento procede de ese mismo libro y que es intercalado por LENEL (474) en el párrafo 6º de Dig. 23,3,10. Dice así:

"Si ita distrahatur illa aut illa res"
utram eliget venditor, haec erit empti"
(Ulp. 34 ad Sabinum).

Todo ello es perfectamente congruente, a la vista del método adoptado, con lo dicho por Ulpiano en Dig., 23,3,10,4, y 5.

La dificultad que deriva para la tesis contraria a la genuinidad de D. 23,3,10,4 y 5 de la sede en que era originariamente tratado D. 18,1,25,pr., que se acaba de reproducir, no escapa, sin embargo a todos los sostenimientos de dicha tesis. Así, por ejemplo, BURDESE la registra, pero no añade ningún comentario encaminado a obviar el obstáculo que ella representa para la posición que sostiene dicho autor (475). También CALONGE, que, como se dijo, mantiene una línea de pensamiento semejante a la del autor italiano, repara en ella y la presta más atención que este último. Sin embargo, la argumentación del profesor español no parece en este caso convincente, pues, tras consignar que LENEL intercala D., 18,1,25,pr. en el lugar arriba indicado, manifiesta que con ello "no podemos estar de acuerdo, pues aquí Ulpiano está tratando un caso de emptio venditio" (476). Pero esto es precisamente lo que parece entender LENEL y lo que se afirma en esta tesis: que en D., 18,1,25, pr. Ulpiano está tratando un caso de emptio venditio, lo mismo que lo trata en D., 23,3,10,4 y 5. El testimonio de D. 18,1,25,pr. no es por sí solo decisivo, pero unido a todos los demás y a la inconsistencia de las razones aducidas contra la genuinidad de D. 23,3,10,4 y 5, sí resulta

de algún peso. Y este argumento no puede desvirtuarse con una afirmación no razonada.

Por otra parte, el profesor español apunta que en D. 23,3,10,6 (lugar en el que LENEL intercala D., 18,1,25, pr.) "parece que Ulpiano aborda el tema de la aestimatio = desde el punto de vista de la estipulación alternativa" = (477). A esto hay que observar que una referencia a la estipulación alternativa no resultaría en absoluto incompatible, desde la perspectiva que se ha adoptado en este trabajo, con la calificación de la aestimatio como vera venditio, porque no sería incompatible con una referencia a la compra-venta, ya que tendría la misma razón de ser que ella. No se puede olvidar que Ulpiano está tratando la cuarta cuestión del género dialéctico de la coniectura y que en semejante sede ha de relacionar el instituto que está tratando con otros que le sean semejantes. En este sentido tanto cabe una referencia a la estipulación como a la emptio-venditio. Ella tiene lugar, en efecto, a esta última en los párrafos 4º y 5º, donde se dice que aestimatio venditio est. Eso no implica necesariamente, que el régimen de la aestimatio haya de ajustarse en todos sus extremos a las normas que rigen en materia de compra-venta. Y así, en unos casos se ajustará a ellas, pero en otros, puede perfectamente coincidir con las de la estipulación alternativa, o

con las de otros institutos. El conocido esquema quod est, quod non est, empleado en todo el fragmento, volvería a repetirse aquí con una doble alusión a la compraventa y a la estipulación alternativa llevada a cabo en D. 23,3,10,6.

En todo caso, no ha sido probado por los autores que afirman el carácter interpolatio de todas las alusiones a la emptio venditio en D. 23,3,10, que la intercalación de D. 18,1,25,pr. llevada a cabo por LENEL sea defectuosa o inadecuada (más bien parece que es todo lo contrario) y mientras eso no suceda, el contenido de éste último fragmento, su procedencia del libro 34 ad Sabinum de Ulpiano y su verosímil colocación en el mismo, que es la que LENEL le atribuyera, constituyen un testimonio que depone en favor de la genuinidad de las alusiones que se hacen a la compraventa en el fragmento 10 de D. 23, 3, sin que haya motivos suficientes para dudar que éstas tuvieran originariamente un tenor distinto al de la redacción que, a través del Digesto, ha llegado hasta nosotros.

Por todo ello, se defiende aquí el carácter genuinamente ulpiano de la calificación contenida en Dig., 23, 3,10, 4 y 5 de la aestimatio dotis como emptio venditio,= como vera venditio, y con la equiparación de ambos conceptos se operará en lo sucesivo.

1.1.4.5.- Aplicación de las conclusiones anteriores a la emptio venditio mencionada en Dig., 19,2,3.

De esta equiparación no podrá prescindirse en los estudios de conjunto sobre la aestimatio, cuyo ámbito desborda evidentemente los límites naturales de esta tesis; = pero tampoco podrá prescindirse de ella para una exégesis aceptable de Dig., 19,2,3, arriba reproducido (478). En = efecto, la compraventa que en él se ha querido ver resulta totalmente absurda, como se ha indicado más arriba. Las in- terpretaciones que de ella se han querido hacer sin tener en cuenta el inciso final del fragmento en el que se hace una remisión a las normas que rigen en materia de aestima- tio dotis no conducen a ningún resultado aceptable. La = única vía de interpretación aceptable para la emptio vendi- tio a que allí se alude es sencilla y simplemente, la vía de interpretación señalada en el inciso final del mismo = fragmento: sicuti fieret cum quid aestimatum in dotem = daretur. Según se ha visto, no parece haber motivos sufi- cientes -salvo los preconcebidos- para negar que la juris- prudencia romana y, además la jurisprudencia romana clási- ca -tal como se desprende de Dig., 23,3,10, 4 y 5, puestos bajo el nombre de Ulpiano- hubiera considerado como "vendi- das" las cosas dadas en dote. Y sólo desde esta perspecti- va de equiparación de la aestimatio -(de la aestimatio do-

tis y de la aestimatio del instrumentum del fundo arrendado, por lo menos)- con una emptio-venditio, (equiparación que resulta de unas fuentes de cuya genuinidad no tenemos motivos suficientes para dudar), resulta explicable, y = perfectamente explicable, la aplicación del régimen de la emptio venditio a los supuestos de determinadas aestimationes; las aestimationes por lo menos que hasta este momento se han considerado aquí.

La única interpretación de la compraventa considerada en Dig. 19,2,3, que no conduce al absurdo, al menos en el estado en que el fragmento ha llegado a nosotros, = es la que justifica el tratamiento del instrumentum como = emptum por el colono, en cuanto consecuencia lógica de = ser la aestimatio una vera venditio tal como se nos indica en el mismo fragmento a través de la remisión al régimen = de la aestimatio dotis.

1.1.4.6.- Peculiaridades de la emptio venditio en que consiste la aestimatio.

Que esta compraventa del instrumentum fundi sea una compraventa notablemente peculiar es algo indiscutible. Si no lo fuera no harían falta explicaciones de ningún género sobre ella por parte de los clásicos, ni habría suscitado entre los modernos tantas discusiones ni tan extrañas

y variadas interpretaciones como ha suscitado. Por otra parte, el modelo al que en el texto se efectúa la remisión dista también mucho, al menos (y sobre todo quizá) en la época clásica de ser una compraventa perfectamente corriente y exenta de anomalías.

En efecto, se han expuesto en las páginas anteriores las razones por las que en esta tesis se considera genuinamente clásica la calificación como emptio venditio de la aestimatio dotis contenida en D., 23,3,10,4 y 5, y a través de esas razones se ha aludido también, parcialmente y tangencialmente, a un aspecto de la polémica sostenida en la última doctrina sobre la aestimatio dotis. La existencia misma de esta polémica pone de relieve la dificultad y la oscuridad del tema. Mas la consideración como genuino de D. 23,3,10, 4 y 5, consiguientemente, de la calificación que allí se contiene, no ha de conducir necesariamente y sin más a una consideración simplista y simplificadora de esa emptio venditio como una compraventa totalmente normal. Es más, el intérprete que se acerque a ella con una concepción moderna de la compraventa se sentirá incluso inclinado a negarle tal condición y a discutir la calificación romana. Ciertamente, si en D., 19, 2, 3, hay, según las propias palabras del texto una venta, que, sin embargo, según se ha visto en páginas anteriores, no parece ser tal venta, en el caso de la aestimatio dotis

nos hallamos también frente a una venta (una vera venditio) que tampoco parece ser tal venta.

1.1.4.6.1.- La atribución del riesgo como finalidad primordial de la aestimatio.

Mas, la razón principal, entre otras muchas, de que esa venta no sea, o no parezca, realmente, una venta, nos viene también expuesta en las mismas fuentes romanas. En el propio fragmento 23,3,10 del Digesto, donde se contiene de una manera más clara, abierta y paladina la calificación, se nos indica que la finalidad de la institución y, por tanto, de la compraventa que ella constituye es la atribución al marido del periculum de las cosas = dotales. Y si nos enfrentamos con la cuestión desde un = punto de vista de un mayor rigor sistemático, aún podría introducirse una importante modificación de matiz en esta afirmación, diciendo más bien que nos encontramos ante una emptio-venditio porque nos encontramos ante una especial atribución convencional del riesgo, del periculum en sentido técnico. Y no puede decirse que la afirmación de que la atribución del riesgo constituye una compraventa cuadre bien con los esquemas que habitualmente se manejan. Y, sin embargo, la atribución del riesgo es, como ya se ha dicho inseparable y esencial al concepto mismo de aestimatio. Y, como se verá más adelante, la especial

regulación que ella implica como consecuencia de dicha = atribución, resulta determinante de su calificación como emptio-venditio.

En efecto, la atribución del riesgo a quien ha recibido (en el concepto que sea) la cosa estimada está presente en todos los casos de aestimatio que nos presentan las fuentes romanas. Para limitarnos a los dos casos que se han venido considerando hasta ahora, no se aludirá aquí más que al supuesto de estimación de la cosa == arrendada y al de estimación de la cosa dota. Así, en = cuanto a éste último resulta suficientemente expresivo = el principium del fragmento 23,3,10 (479) donde se nos expone con claridad meridiana el topos que tratará Ulpiano en los párrafos siguientes, ajustándose a una sistemática impecable: el periculum de las cosas dotales (480).

Y no puede olvidarse que es este planteamiento el que, siguiendo un método tópico, lleva a Ulpiano a = afirmar pocos párrafos más abajo, en el mismo fragmento, que aestimatio venditio est. La misma presencia del riesgo está también explícitamente presente en la estimación de la cosa arrendada (481).

"Paulus respondit: servum qui aestimatus colons adscriptus est, ad periculum

coloniae pertinere et ideo aestimationem =
huius defuncti ab herede coloniae praestari
oportere" (Paul. libro V responsorum. Dig.,
19,2,54,2) (482).

No se habla de compraventa en este fragmento. Ya veremos más adelante (con independencia de la afirmación contenida en D. 23,3,10, 4 y 5) cómo ella está implícita en él del mismo modo que el problema de la atribución del riesgo está también implícito, aunque tampoco se hable de él en D. 19,2,3.

La genuinidad de D. 23,3,10, pr. y de D. 19, 2, 54,2 no es una cuestión controvertida. Se trata, sin embargo, en ellos ni más ni menos que de aplicaciones concretas y de manifestaciones específicas de un principio general, propio de todos los casos de aestimatio, que, sin duda con alcance de tal, también se encuentra recogido = en el Digesto, y en él también atribuido a Ulpiano:

"Aestimatio autem periculum facit eius
qui suscepit: aut igitur ipsam rem debet
incorruptam reddere aut aestimationem de
qua convenit" (Ulp. XXXII ad edictum, D.
19,3,1,1).

Este texto no es, como se vé, sino una exposición generalmente aplicable a cualquier tipo de aestimatio y concuerda plenamente con D. 19,2,54,2, que se acaba de transcribir y con D. 23,3,10,pr., que no son, sino una aplicación concreta del principio general que en él se contiene.

Pero, al contrario de los que contienen sus aplicaciones concretas, el fragmento que expresa el principio general sí ha sido objeto de sospechas en lo que a su genuinidad se refiere, y, además ha suscitado diversas interpretaciones.

Para BETTI (483) se trata de la solución que prevaleció en lo que al contrato estimatorio se refiere; pero, además, este autor encuentra la regla general que se contiene en D. 19,3,1,1 concorde con todos los demás casos de aestimatio que ha estudiado (484).

OSUCHOWSKI, en cambio (485), cree que el párrafo, aun procediendo de la pluma de Ulpiano, ha sido manipulado por los compiladores, quienes, según él, fundieron en un solo texto sentencias del mismo jurisconsulto referidas originariamente a supuestos distintos. De este modo él cree que la primera parte del párrafo (aestimatio - suscepit) era referida por Ulpiano al contrato =

estimatio^{orio} (o más exactamente al supuesto de cum res = aestimata vendenda datur, mientras que la segunda (aut-convenit) solo tendría sentido en el pensamiento del jurisconsulto clásico en relación con un supuesto de aestimatio venditionis causa.

Finalmente, DE FRANCISCI (486), suscitando varias dudas acerca de la genuinidad del párrafo, renuncia formalmente a su reconstrucción y a la posibilidad de una probable aproximación a su originario contenido, aunque, en realidad parece mostrarse partidario de la genuinidad del mismo, o, al menos, de la atribución a los bizantinos de los razonamientos y argumentos contenidos en los textos que no concuerdan con él.

No vamos a estudiar con detenimiento en esta sede las razones a favor ni las razones en contra de la genuinidad de D. 19,3,1,1; ni tampoco a intentar armonizar este texto con D. 17,2,52,3, o con D. 19,5,17,1 y las Pauli Sent. II,4,4 y sus concordantes. Nos limitaremos simplemente a señalar por una parte que las contradicciones entre estos últimos y el primero, quizá no sean más que aparentes; y, por otra que, con independencia de esta última cuestión, no hay realmente razones de peso que puedan argüirse contra el fragmento que nos ocupa. Concuerda éste, por lo demás, como señala BETTI (487) con los demás casos de aestimatio contemplados en las fuentes y no ha de darse gran importancia por lo que a la época clásica se refiera, a las distinciones de dere-

cho bizantino que nos testimonian los libros de los Basílicos. Estos, en efecto, nos presentan quizá un panorama totalmente discorde con la afirmación contenida en D., = 19,3,1,1 y en ellos se inspira DE FRANCISCI para poner = aparentemente en duda la genuinidad del citado fragmento.

Los escoliastas bizantinos parten en efecto de una operatividad de la aestimatio totalmente distinta = de la expuesta en este fragmento, que en el Digesto es = atribuido a Ulpiano. Así, para ellos, la aestimatio no = produce siempre la atribución del periculum a aquel que recibe la cosa estimada, obligándole, en todo caso, a = devolver la misma íntegra, o la suma en que consiste la estimación convenida. Al contrario, en los libros de los Basílicos, contra lo que se dice comentando D., 19,3,1,1, (488), se afirma expresamente que la aestimatio produce una agravación de la responsabilidad típica propia de = los elementos naturales de la relación a la que se haya añadido. Y así, a propósito de D. 17,2,52,3, se indica (489) que, puesto que en el comodato, la responsabilidad típica es la de la custodia, en el caso de intervenir, la aestimatio producirá la agravación en un grado, atribuyendo así al comodatario el periculum de la cosa; pero cómo en la sociedad la responsabilidad típica es = la del dolus-culpa, una aestimatio que eventualmente =

intervenga, sólo producirá la consiguiente agravación = en un grado, haciendo exigible en este caso una responsabilidad por custodia (490). Todo ello, sin embargo, no parece acordarse muy bien con lo que allí mismo se dice a propósito de D. 19,3,1,1, (491). Sin embargo, = este razonamiento, evidentemente, explica la discordancia existente entre D. 17,2,52,3 , (relativo a la entrega de una cosa estimada en un contrato de sociedad) y == D. 13,6,5,3 (relativo a la responsabilidad exigible en = el comodato), pero se encuentra en contradicción con las demás fuentes relativas a la aestimatio. Por eso a la pregunta de DE FRANCISCI "ma tute quelle variazione di responsabilità sono anche del diritto classico?" (492), debería responder, de acuerdo con OSUCHOWSKI (493), y también en la línea de la respuesta que el propio DE FRANCISCI parece implícitamente dar, atribuyendo a los bizantinos la gradación de responsabilidades aludida en los = Basílicos y pronunciándose por la clasicidad del principio contenido en D. 19,3,1,1.

Es curioso observar que varios siglos después de la redacción de los Basílicos, se produce en la Europa medieval una situación de discordancia, semejante en lo que a la aestimatio se refiere, y, curiosamente, el OSTIENSE, oponiéndose por igual a la atribución del == periculum como consecuencia de la aestimatio y a quienes

se mostraba partidarios de que éste no alterase el régimen normal de responsabilidad, adoptaba en su Summa Aurea una postura ecléctica que reproducía en pleno siglo XII la gradación de responsabilidades contenida en los Basílicos: "nec valet ista argumentatio non addit aestimatio quod teneatur de casu fortuito, ergo nihil addit" ... addit enim super gradum, ut si erat de natura contractus quod teneatur de dolo et lata culpa, tenebatur de levi, tenebatur de levissima et de caso fortuito" (494). La polémica = en torno a la aestimatio involucra en esta época los = nombres de UGOLINO, DE ALBERICO, de ACCURSIO. Dentro de ella y concretamente respecto de D. 19,3,1,1, mantuvieron posiciones encontradas AZON y JUAN BASIANO (495). Se trata en verdad de una cuestión permanentemente viva en el pensamiento romanístico y no es posible entrar aquí en = ella con detalle. Conviene, sin embargo, no olvidar que, junto a estas discusiones de los estudiosos, la práctica jurídica se precavía contra las posibles consecuencias de tales discrepancias, estableciendo claramente la voluntad de las partes contratantes de que la estimación de = la cosa arrendada, o dada en comodato, por ejemplo, produjera la atribución al acipiens del periculum de la misma, de lo cual ha quedado abundante constancia en los = documentos notariales de la época. (496). Con ello la = práctica jurídica, manteniéndose fiel al realismo de la

vida, se mantenía fiel también a la coherencia de los = casos concretos y los principios generales que -salvo = dos excepciones quizá sólo aparentes y además no muy relevantes- se contiene en las fuentes deponiendo a favor de la genuinidad y clasicismo de Dig., 19,3,1,1.

Sobre la base de esta coherencia y del carácter excepcional (497) que revisten los textos contradictorios y en las condiciones en que actualmente se encuentra el estado de la cuestión en torno a este problema, no parece demasiado aventurado afirmar que la aestimatio tiene como finalidad primordial atribuir el periculum de la cosa estimada al accipiens de la misma; y esto en todos = los casos y no sólo en aquellos en que hayan sido estimadas cosas dotales o el instrumentum del fundo arrendado. Mas, siendo la finalidad primordial de la aestimatio la atribución del periculum de la cosa estimada al accipiens de la misma, no puede decirse que la vera venditio que la aestimatio est, sea un verdadero contrato de compraventa, pues en él se produce, en efecto, un cambio de la cosa por su precio, pero este cambio no obedece a la causa normal a la que obedece todo contrato de compraventa. Mira de una manera primordial y, virtualmente, == de una manera única, a la asunción del riesgo de la cosa por parte del accipiens de la misma, asemejándose más = bien que a la causa propia de un contrato de compraventa,

a la de un contrato de seguro (como KRUECKMANN quería para la emptio venditio mencionada en Gayo, 3,146).

Por eso no parece muy acertado el planteamiento de la moderna corriente doctrinal, que, tomando su origen en ALBERTARIO (498), afirma el carácter justiniano de la calificación de la aestimatio dotis como emptio venditio. Todos los autores que siguen esta línea doctrinal se fijan fundamentalmente en la adquisición de la propiedad de los bienes dotales por el marido, y para ellos la consideración de la aestimatio dotis como emptio venditio tiene la finalidad primordial (prácticamente puede decirse que única) de convertir al marido en propietario de dichos bienes, desempeñando el primordial o único papel de título o causa de adquisición de los mismos. Y de la total inutilidad de semejante causa o título en el derecho dotal clásico, en el que el marido automáticamente se convierte en propietario -con más o menos limitaciones- de los bienes dotales, deducen el carácter justiniano de semejante calificación apoyándose, además en la célebre constitución de este Emperador del año 530 (499). Sin duda este planteamiento y estas conclusiones resultan plenamente irreprochables a partir de las premisas que se acaban de indicar. Mas, siendo evidentemente, la adquisición por el marido de la propiedad de los bie-

nes dotales un efecto indiscutible de la calificación como emptio venditio de la aestimatio dotis, quizá no sea más que un efecto secundario, sobre cuya operatividad en las distintas épocas pueden ser de una gran importancia las = opiniones mencionadas. Porque el fin primordial perseguido por la aestimatio dotis (como por los demás casos de aestimatio, según se ha visto), no es otro que el de la atribución o transferencia del riesgo, del periculum de la cosa estimada a quien la haya recibido. Y ello se indica claramente, como también se ha visto, en los diferentes textos que se acaban de mencionar o reproducir en las páginas anteriores. Por eso, cuando se pierde esta perspectiva y se olvida que la finalidad primordial perseguida por la aestimatio es la transferencia y asunción del = periculum, la exégesis de los textos en que ella interviene conduce a resultados inadmisibles, como sucede con la compraventa que se ha considerado existente en Dig., 19,2,3, la cual también ha sido interpretada por esta = línea doctrinal como una causa o título de adquisición de la propiedad de la cosa estimada, de un modo paralelo a como es interpretada la emptio venditio en que consiste la aestimatio dotis respecto de la adquisición = de la propiedad de los bienes dotales por parte del marido. Que la aestimatio dotis resulte supérflua para atribuir

buir al marido la propiedad de los bienes dotales en la época clásica es indiscutible , pero que en la época clásica existe la aestimatio dotis es indiscutible también; y resulta bastante significativo que en la época justiniana, donde su aptitud para cumplir esa importante == función es innegable, las fuentes -tanto las supuestamente genuinas, como las que resultan supuestamente interpoladas por las exigencias de esta orientación doctrinal-- en lo que insisten no es en la función de la aestimatio como título o causa para la adquisición de la propiedad, sino en su función de transferir el periculum al accipiens. Y a este efecto es inoperante, salvo a los efectos de matiz antes aceptados (en cuanto a su evolución histórica) la alegación de la constitución de Justiniano contenida en Cód., 5,13,1,9,c. Su misma orientación se encuentra = ya en otras constituciones procedentes de la época clásica (500), que no deben considerarse interpoladas (501); y, si bien se mira, en los mismos textos del Digesto. == Porque, la consideración de la aestimatio dotis como == emptio-venditio es, según se ha dicho ya, consecuencia = de la propia regulación del riesgo que la misma aestimatio implica, lo que, naturalmente entraña que esa emptio venditio sea una compraventa muy peculiar.

1.1.4.6.2.- La peculiar atribución del riesgo en que consiste la aestimatio como causa determinante = de la calificación como compraventa.

Y ello se comprende fácilmente partiendo del = supuesto de que la asunción y transferencia del periculum de la cosa estimada es la finalidad primordial perseguida por la aestimatio; y no sólo por la aestimatio dotis, según resulta de Dig., 23,3,10,pr., sino de todos los == casos de aestimatio, como se desprende de Dig., 19,3,1, 1. Mas, para que esta asunción del periculum, en los términos en que tiene lugar a través del mecanismo propio y peculiar de la aestimatio sea considerada, o no, como = una compraventa, existe la misma razón en todos los casos. En efecto, en todas las relaciones convencionales (502) en que interviene la entrega de una cosa por una de las partes con la consiguiente obligación de devolverla por quien la ha recibido nos hallamos frente a la misma es== tructura. El accipiens deberá devolver, o bien la misma cosa que recibió, íntegra, o bien la suma de dinero en = que dicha cosa fué estimada. De este modo, si en el mo== mento de devolverse la cosa, ésta ha perecido o se encuen tra deteriorada, el accipiens estará obligado a devolver la suma de estimación en que se valoró; y lo mismo sucederá en todos aquellos casos en que quien tenga la facul== tad de elegir (503) prefiera la entrega de la suma de es

timación a la entrega de la cosa misma. En todo caso, =
la cosa entregada, no será recuperada y, a cambio de ella,
se devolverá la suma en que se valoró. Esto sucederá siem-
pre que la cosa haya perecido o se haya deteriorado, aun-
que ello haya tenido lugar por una causa no imputable =
al accipiens con arreglo a los elementos naturales de =
la relación de que se trate, pues al ser imposible rem =
incorruptam reddere, el objeto de la obligación de devol-
ver será la aestimationem de qua convenit. De este modo,
siempre que la parte a quien compete la elección prefie-
ra la entrega de la suma de estimación y siempre que la
cosa no pueda ser devuelta incorrupta, el accipiens ex-
tinguirá su obligación de devolver la cosa que había re-
cibido estimada entregando en su lugar (504) el valor =
previamente convenido de dicha cosa. Así, la asunción =
del periculum y de la consiguiente obligación de devol-
ver, en defecto de la cosa misma íntegra, su valor pre-
viamente convenido en dinero, viene a convertirse en un
convenio mediante el cual las partes acuerdan un eventual
trueque de la cosa por su precio. Mas, si ello tiene lu-
gar de ese modo, ello sucede precisamente porque las par-
tes así lo han querido, manifestando su voluntad concor-
de de alterar el régimen normal de distribución de los =
riesgos en la relación jurídica de que se trate a través
de un convenio añadido al negocio realizado, es decir, =

mediante un pactum adiectum.

Pero sucede que ninguna de las relaciones convencionales que en las fuentes se nos presentan acompañadas de una aestimatio de la cosa entregada se encuentra protegida mediante acciones de derecho estricto. Por el contrario, a excepción de las relaciones surgidas con ocasión del régimen dotal, todas las demás relaciones en que interviene la aestimatio hacen nacer obligaciones cuyo cumplimiento resulta exigible mediante iudicia bonae fidei. Siendo la aestimatio un pactum adiectum al negocio cuyos elementos naturales quieren modificar las partes en cuanto se refiere al régimen de la responsabilidad típicamente exigible, su incorporación al correspondiente iudicium bonae fidei no debe por sí misma dar lugar a problemas de ningún género.

Hallándonos, en efecto, ante un convenio protegido mediante un juicio de buena fé al que se ha añadido un pacto (encaminado a regular el riesgo de la cosa), no podemos olvidar el conocido principio tan claramente expresado en un fragmento también atribuido a Ulpiano: = Solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis (Dig., 2,14,7,5) (50). Las consecuencias que de él derivan son de gran importancia, pues, de acuerdo con el mismo, si las eventuales modificaciones a los elementos naturales de los contratos de buena fé "eran convenidas ex continenti, esto es, en el momento mismo en que se forma

ba el negocio principal iuris civilis el pacto venía a =
compenertrarse en él" (506), por lo que el juez, "necesaria-
mente, debía examinar el contenido de los pacta y darles
relevancia en el juicio a los efectos de la condena o de
la absolución del demandado. El pactum, pues, en esta fa-
se contribuía a formar el objeto del iudicium bonae fidei
concedido para tutela de la relación obligatoria formada
por la conventio contractual" (507). Todo ello no es más =
que el camino para poder llevar a cabo la plenior inter-==
pretatio que en los juicios de buena fé constituye primor-
dial deber del juez. (508).

Pero, de este modo, resulta que la modificación
del régimen natural del riesgo correspondiente a la rela-
ción básica, llevada a cabo mediante la aestimatio que se
ha añadido a ella, formará parte de esa misma relación y
cobrará eficacia jurídica mediante las acciones que nacen
de esa misma relación. Mas, sucede que las modificaciones
introducidas por las partes en el régimen de responsabili-
dad propio de la relación básica, no sólo afectan a los ==
elementos naturales de la misma (que son los únicos que =
pueden ser modificados mediante los pacta (509)), sino a =
los elementos esenciales de dicha relación, pues estable-
cen un régimen de prestaciones y contraprestaciones que =
tiende a realizar una función económico-social distinta,

en cuanto que es la propia de un contrato consensual, == típico, independiente, existente con un proprium nomen. = Dicho con otras palabras: cuando la aestimatio se añade a un contrato típico cualquiera, de lo que nos ofrecen = abundante ejemplo las fuentes, sólo una parte de la regulación establecida mediante el convenio celebrado por las = partes coincide enteramente con la causa propia del tipo contractual a que se ha añadido la aestimatio; pero otra parte muy importante de dicha regulación no coincide con ella. La dificultad surge precisamente de aquí, pues resulta totalmente anómalo que puedan hacerse valer mediante las acciones que brotan de un contrato típico las obligaciones que nacen de una causa distinta a la protegida = por ese contrato. Es decir, el pacto añadido a la relación básica introduce en ella tales modificaciones que = llega a convertirla en otra relación distinta. Pues precisamente esa parte de prestaciones y contraprestaciones que no coincide con la causa del contrato típico que actúa como relación básica a la que se ha añadido la aestimatio, coincide con la causa del contrato típico consensual de compraventa. La aestimatio, como pactum adiectum, modifica, en suma, no los elementos naturales, sino los mismos elementos esenciales del contrato a que se añade.

La función primordial que desempeña en todos los

casos de aestimatio la suma de estimación, es la de una =
indemnización por el incumplimiento, aun no imputable, =
de la obligación de devolver la cosa recibida, y de devol
verla íntegra. Y esa indemnización asume la figura de una
seguridad que se ofrece al tradens, por la vía convencio-
nal de la aestimatio, de que recibirá en su momento, o =
bien la cosa íntegra, o bien, a cambio de ella, su valor
en dinero. Mas esta garantía, seguridad o indemnización,
como quiera llamársele, se realiza precisamente a través
del cambio de la cosa estimada por una cantidad de dinero
previamente convenida entre las partes, es decir, por su
precio. No se trata, en sentido técnico de que el precio
se subrogue en lugar de la cosa. Ello podría discutirse
en los casos de perecimiento total de la misma, pero no =
en aquellos en los que quien pueda tener la facultad de =
elegir prefiera la entrega de la suma de estimación, ni =
en los de deterioro o menoscabo de la cosa. Precisamente
en éstos es en los que más claramente se plantean los ==
términos del binomio aestimatio-compraventa, porque en =
ellos no tiene lugar una devolución de la cosa y además =
de una cantidad de dinero que desempeñe la función de in-
demnización por el menoscabo que ella haya sufrido, sino
que subsistiendo la cosa, aunque sólo sea ligeramente dete
riorada, el tradens no recibirá la cosa misma, sino que,

a cambio de su renuncia definitiva a recuperar la cosa misma que entregó, en el estado en que se encuentra, recibirá una suma de dinero correspondiente al precio convencionalmente establecido para la misma en el momento de celebrarse la aestimatio. Ahora bien, que el cambio de cosa = por precio constituya la causa típica del contrato de compra-venta es algo que no necesita ser probado aquí. Por = otra parte ya se ha indicado (510) cómo últimamente AMIRANTE ha puesto brillantemente de relieve que elemento que la jurisprudencia romana tomó como base para la tipificación de la compra-venta, especialmente frente al arrendamiento, es precisamente, la renuncia definitiva a la recuperación de la cosa entregada a cambio de una cantidad de dinero. De este modo, la suma de estimación desempeña el = doble papel de precio de la cosa y de indemnización por el daño o menoscabo sufrido por la misma, pues, celebrándose la estimación cuando la cosa estaba íntegra, el montante = cubrirá tanto el valor de la misma en el momento en que = deba ser devuelta, como la diferencia entre su estado actual y el valor que tenía cuando se entregó, es decir, la diferencia de valor ocasionada por el deterioro; y nada se opone a ello, no siendo el precio justo un requisito de la compra-venta romana clásica.

No parece por ello que la calificación de la = aestimatio dotis como emptio-venditio sea una calificación

arbitraria de la jurisprudencia romana; ni tampoco que esté motivada por la necesidad de convertir al marido en propietario de los bienes dotales en una época en que tal condición no le era atribuida automáticamente por su condición de tal. Antes al contrario, dicha calificación viene impuesta por las exigencias propias de la peculiar mecánica que la aestimatio implica y se desprende por sí sola a través de una plenior interpretatio de la alternativa ulpiana: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit (D. 19,3,1,1), alternativa totalmente centrada en la atribución y soportamiento del riesgo y totalmente ajena de una necesidad de proporcionar a nadie un título para la adquisición de la propiedad sobre ninguna cosa.

Pero, si bien se mira, hay dos circunstancias que resultan decisivas y no se deben olvidar: por una parte que la aestimatio tenga la consideración de pactum adiectum respecto de la relación básica cuyos elementos naturales en cuanto a atribución y soportamiento del riesgo se quieren modificar; y por otra que una plenior interpretatio de la regulación de intereses que implica ese pactum adiectum lleva necesariamente y por sí misma a su calificación como negocio independiente identificado con un contrato diferente del que constituye aquella relación básica: la emptio-venditio.

1.1.4.6.3.- La acción adecuada para hacer valer los derechos y obligaciones derivados de la aestimatio.

Así, siendo la aestimatio un pactum adiectum a = una relación protegida por una acción de buena fé, el cauce procesal adecuado para hacer valer los derechos y obligaciones que nazcan de dicho pactum deberá ser, lógicamente, la acción que nazca para la tutela procesal de la relación básica. Pero, implicando la aestimatio por su propia naturaleza y de acuerdo con la calificación jurisprudencial romana una emptio venditio ¿habrá de producirse la anomalía de que los derechos y obligaciones derivados de un convenio que, en realidad, constituye una compraventa sean protegidos por la acción destinada a la protección de otro contrato? Una respuesta afirmativa implicaría, por ejemplo, la afirmación de que los derechos y las obligaciones derivados de una compraventa, pueden encontrarse protegidos, quizá, por una acción de arrendamiento.

Naturalmente, no encontramos en las fuentes semejante anomalía, sino que, como la plenior interpretatio = del convenio celebrado lleva a la conclusión de que la finalidad por él perseguida coincide más bien con la causa = típica del contrato de compraventa, en ellas se nos dice,

por ejemplo, que lo que procede es id agi ut instrumentum emptum habeat colonus (D. 19,2,3) cuando la cosa estimada es el instrumentum del fundo arrendado, indicándonos = así como cauce procesal adecuado para proteger las relaciones derivadas de dicho convenio la actio empti o la actio venditi.

Mas, con ello se toma partido por una de las dos circunstancias antes señaladas, sacrificando a ella la = otra. Por eso, si bien no encontramos en las fuentes la = anomalía antes mencionada, encontramos, sin embargo, rastros de tan anómala situación. Los encontramos, por ejemplo, en la permeabilidad de las sedes en que son tratados los casos de aestimatio. Así, por ejemplo, Dig., 19,2,3 (511) figura en el Digesto bajo la rúbrica locati conducti, que es la que corresponde al título II del libro 19, pero procede del libro 9 ad Sabinum de Pomponio, y todos los fragmentos de dicho libro que han llegado hasta nosotros se refieren a la compraventa, por lo que LENEL le = atribuye el título de emptione et venditione (512) y sitúa más concretamente nuestro texto bajo la rúbrica de contrahenda emptione (513). Mas, si los compiladores tratan en sede de arrendamiento el caso que Pomponio trataba en sede de emptio venditio, lo contrario sucede con Dig., 18,1,25,pr. (514), situado por los compiladores en el tí-

tulo I del libro 18 bajo la rúbrica de contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt, que era tratado por Ulpiano = en sede de dote estimada y que, procedente del libro 34 = ad Sabinum (de iure dotium) es intercalado por LENEL (515) en el fragmento 23,3,10,6 del Digesto, figurando en su Palingenesia bajo la rúbrica de dote aestimata aliisque modis constituendae dotis (416).

Pero no todas las convenciones que en las fuentes se nos presentan acompañadas de una aestimatio se encuentran protegidas por iudicia bonae fidei. Entre ellas destaca, = ocupando además un lugar muy notable, la estimación de las cosas dotales. Es sabido que en la época clásica las relaciones derivadas del régimen dotal se encuentran protegidas por la actio rei uxoriae. No es posible entrar aquí en la polémica sobre si ésta constituye, o no, un juicio de buena fé en la época clásica, ni sobre la lectura de Gayo, 4,62, pero quizá no sea muy aventurado pensar que las peculiaridades que esta acción presenta, sobre todo en algunos momentos de su evolución (517) puedan haber dado origen a la = circunstancia de que precisamente en torno a ella se pudiese de manifiesto con más evidencia la anomalía antes señalada, esto es, la de la protección de una emptio-venditio a través de una acción encaminada a la protección de relaciones

jurídicas de naturaleza distinta.

Quizá por ello, las apremiantes exigencias de la práctica, basadas en la peculiar naturaleza de la actio rei uxoriae hubieran podido llevar a una más temprana calificación como emptio venditio a través de la investigación del quid actum sit en los casos en que la aestimatio hubiera tenido por objeto las cosas dotales.

Sea lo que sea lo que se piense de ello, lo cierto es que las fuentes nos presentan la aestimatio dotis como la sede en que se lleva a cabo de una manera prioritaria, si no en un orden cronológico, al menos en un orden lógico, esa diferenciación en el quid actum sit que califica a la aestimatio como emptio-venditio, independizándola de la relación básica a que se hubiera añadido, o configurando al menos una relación ambigua y bifronte que contiene en su seno tanto una emptio-venditio, como una relación básica de naturaleza diversa a la que haya sido añadida la aestimatio. Quizá en las peculiaridades de la actio rei uxoriae deba buscarse la razón por la que la aestimatio dotis es la sede en que de una manera más abierta y más clara se califica a la aestimatio como emptio-venditio y también la razón por la que la aestimatio dotis se emplea como paradigma a cuyo régimen se efectúa la oportuna remisión para otros casos de aestimatio. Dicha remisión =

que se ha visto y analizado ya con algún detenimiento respecto del arrendamiento, pues se lleva a cabo en Dig., 19, 2,3, tiene lugar también, por ejemplo, respecto del comodato (518) y con ella se crea, sin duda, un régimen unitario, mediante la extensión a otros casos de las conclusiones y del régimen que la jurisprudencia romana alcanzó a construir respecto de un caso concreto (como es el de la estimación de las cosas dotales), que por alguna razón -se acaba de exponer una que quizá pueda ser verosímil- mereció = de ella un estudio más profundo, más apremiante, o más lúcido. Por lo demás, la común ratio iuris que justifica esta extensión analógica también ha sido puesta de relieve = en las páginas anteriores.

1.1.4.6.4.- Estructura de la voluntad contractual en los casos en que intervenga una aestimatio.

Ahora bien, sin entrar aquí en el problema de la inherencia de los pacta adiecta a la actio rei uxoriae, un doble orden de consideraciones, unas puramente lógicas y = otras con una base textual, nos conduce también a la extensión a todos los casos de aestimatio de ese carácter anómalo y bifronte que ya hemos visto en ellos y que ilustra = también en todos el carácter anómalo de la emptio-venditio

que constituye la aestimatio. En efecto, por una parte, = como en los pacta ex continenti, el consensus, la voluntad contractual, tiene por objeto tanto el contenido del tipo contractual básico, como las modificaciones introducidas = en sus elementos por el convenio de los contratantes (519), de la interpretación de un acuerdo semejante resultará que, respecto del mismo objeto, las partes quieren y no quieren a la vez la celebración del contrato básico a que se ha = añadido la aestimatio, pues al mismo tiempo quieren y no = quieren la constitución de una dote, la celebración de un arrendamiento, de un comodato, etc., y la celebración de un contrato de compraventa, quia aestimatio venditio est. Mas, que la vera venditio que constituye la aestimatio no sea tal venta, o que al menos no sea un puro contrato de compraventa, está también dicho en el Digesto en un fragmento cuya genuinidad es negada hoy de una manera prácticamente unánime (520) y que, ciertamente no se va a de-- fender aquí pero que refleja sin duda un aspecto muy im-- portante de la compraventa en cuestión y que debe tenerse presente en todo caso, con independencia del origen clásico o compilatorio del fragmento en que la advertencia se = contiene:

"Quotiens res aestimata in dotem datur,
evicta ea ... quae sententia habet equita-

tem quia non simplex venditio sit sed dotis causa nec debeat maritus lucrari ex =
damno mulieris ..." (Ulp. XXXIV ad Sabinum; Dig., 23,3,16).

Que la expresión non simplex venditio est sed dotis causa proceda en el tenor con que ha llegado hasta nosotros de la mano de los compiladores es una cuestión = de poca importancia, porque la afirmación que en ella se contiene es no ya perfectamente compatible, sino casi hasta completamente necesaria para la comprensión del régimen clásico de la aestimatio, y, dado el valor paradigmático que la aestimatio dotis desempeña en él, podría extenderse semejante afirmación a todos los demás casos = afirmando que la aestimatio venditio est, pero no una = simplex venditio, sed dotis causa, locationis causa, commodati causa, etc., según los casos.

En efecto, hemos visto cómo la consideración de la aestimatio como vera venditio se impone no ya como consecuencia de la calificación jurisprudencial, sino como = consecuencia lógica del mismo mecanismo que ella implica. Hemos visto también cómo la regulación de prestaciones = y contraprestaciones que la aestimatio introduce en el negocio al que se añade, convierte a la relación derivada de

dicho negocio es inadecuada para proteger el arreglo de intereses que derivan de la regulación acordada por las partes, al coincidir ésta con la causa de un negocio independiente, existente con sustantividad propia: la emptio-venditio. Pero hemos visto también cómo esa emptio-venditio era una compraventa bastante peculiar. Aun puede decirse que ni siquiera una compraventa directamente querida por las partes como tal, pues en caso afirmativo, éstas dispondrían del contrato típico directamente encaminado a satisfacer esa pretensión y no tendrían necesidad de acudir a la celebración de otro negocio acompañado de un pactum adiectum para conseguir una finalidad = típica, coincidente con la causa de un negocio jurídico reconocido y protegido por el ius civile. Hemos visto cómo la calificación de la aestimatio como emptio venditio se imponía como consecuencia de la alteración que ella == introduce en la causa de la relación básica a que se haya añadido y hace inadecuada la acción que deriva de ésta para proteger la regulación privada de los intereses de las partes que implica aquella, de modo que el cauce más adecuado para darle protección resulta ser el de las acciones empti y venditi y no el que proteja la relación básica. Ello es consecuencia de que la aestimatio, aun siendo un = pacto tendente a regular el riesgo de la cosa entregada, = mira precisamente a regular ese riesgo a través del cambio



BIBLIOTECA
DE DERECHO

de la cosa por su precio, en el caso de que ésta parezca o se deteriore. La investigación del quid actum sit en semejante convenio lleva naturalmente a la jurisprudencia a la conclusión de que la acción más adecuada para proteger las pretensiones que puedan derivar de él no es ninguna de las que nacen de los contratos a los que pueden acompañar la aestimatio, ni tampoco la actio rei uxoriae, sino precisamente las acciones encaminadas a proteger las pretensiones que derivan de un convenio acogido en el seno del ius civile con un proprium nomen cuya causa es precisamente el cambio de una cosa por su precio: la emptio-venditio. Pero, si la aestimatio lo es, es una compraventa cuya única razón de ser se encuentra en la regulación de intereses llevada a cabo por las partes en función de la modificación de determinados aspectos de la relación básica a que se ha añadido. Es pues, una compraventa que se halla totalmente subordinada a la regulación del riesgo en otra relación distinta. Y es precisamente la existencia de esta relación básica la que da lugar a la existencia de la compraventa en que consiste la aestimatio. Las fuentes nos dicen que es una vera venditio; pero que no es una simplex venditio, sino que es una venditio dotis causa; y podrían añadir locationis causa, commodati causa, etc., porque la razón para afirmarlo es la misma en todos los casos.

1.1.4.6.5.- Otras anomalías de la compraventa en que consiste la aestimatio.

Ahora bien, si por una parte la actio empti es la más apropiada para proteger las pretensiones que derivan de la aestimatio (y, desde luego, como se ha visto = es más adecuada que la acción que deriva de la relación = básica a que la aestimatio se ha añadido) y, si, por otra parte, las fuentes nos indican claramente que aestimatio venditio est, cabe todavía que nos formulemos otra pregunta: ¿esa vera venditio constituye un verdadero contrato de compraventa? Hemos visto que el cambio de la cosa = por su precio aproximaba a la aestimatio la emptio venditio, alejándola de la naturaleza de la relación básica = a que la aestimatio se había añadido; hemos visto también que ese cambio de cosa por precio ofrecía unas notables peculiaridades. BECHMANN llegaba a la conclusión de que emere significa cambiar contra dinero (~~520ds~~), pero el cambio de cosa por dinero no nos autoriza a hablar de compraventa en todo caso. Y, ciertamente, el régimen propio de la aestimatio ofrece también notables peculiaridades frente al régimen normal general de la compraventa.

Obsérvese en primer lugar que como la aestimatio mira principalmente a atribuir al accipiens el periculum de la cosa estimada, a través de la obligación de devol-

ver ésta íntegra o la indemnización que constituye la suma de estimación, el momento del perfeccionamiento de la vera venditio que constituye la aestimatio no está en absoluto exento de problemas. Así, ¿deberá considerarse perfeccionada la compraventa en el momento de celebrarse el convenio; ¿en el momento en que la cosa perezca o se deteriore?; ¿o en el momento en que proceda la devolución y la persona que tenga la facultad de elegir prefiera la entrega de la suma de estimación a la entrega de la cosa, aun deteriorada? Cualquier respuesta conducirá necesariamente a resultados anómalos e insatisfactorios desde la perspectiva del régimen normal de la compraventa.

En efecto, si, siguiendo la opinión más lógica de acuerdo con el carácter consensual del contrato de compraventa, se considera que la que aquí estamos contemplando se perfecciona en el momento de celebrarse el convenio, (pues sufficit consensisse), llegaríamos a dos conclusiones de difícil aceptación. Por una parte, mediante el mismo negocio jurídico se harían nacer dos contratos que recaerían sobre el mismo objeto; pues la misma cosa resultaría ser a la vez objeto de las obligaciones propias de la compraventa implícita en la aestimatio y de la relación básica a que ésta se hubiera añadido, lo que necesariamente, plantearía el problema de escoger entre la califica-

ción como compraventa o la calificación correspondiente a la relación básica (521). Por otra parte, siendo la aestimatio un pactum adiectum, cuyo contenido se integra en el del negocio jurídico mismo al que se añade, = habría que concluir que la aestimatio produce el efecto de que un contrato sea a la vez dos contratos. Y para evitar semejante conclusión habría que recurrir a = complicados mecanismos en los que un solo acontecimiento despliega a la vez la operatividad propia de una condición suspensiva respecto de la compraventa y resolutoria de la relación básica, aunque ello quizá tropezase con el obstáculo de que la condición dependería quizá plenamente en este caso del arbitrio del acreedor, teniendo = probablemente éste la facultad de elegir entre la entrega de la cosa o la de la suma de estimación.

Por otro lado, aparte de las dificultades específicas que ella sola puede ofrecer (entre otras las relativas al sufficere consensisse) la tercera opción tropieza con el mismo obstáculo que se opone a la segunda: la = compraventa se perfeccionaría en el momento en que su objeto ya había perecido. Es más, incluso, podría decirse que se perfeccionaría precisamente porque su objeto ya había perecido y esta misma circunstancia habría que tenerla =

presente también en el caso de que se considerase perfeccionada la compraventa en el momento de realizarse el convenio, pues, si éste tiene algún sentido, es precisamente en función del perecimiento (o deterioro) de la cosa. Pero esta necesidad del perecimiento (precindamos ahora de la posibilidad del deterioro) de la cosa que es objeto de la compraventa para la perfección de la misma, resulta sorprendente y totalmente opuesta a los principios generales que rigen este contrato, pues, con arreglo a ellos, semejante compraventa sería nula. No debe olvidarse, en efecto, el claro pensamiento de Pomponio a este respecto:

"Nec emptio nec venditio sine re =
quae veneat potest intellegi ..." (Pomp.
IX ad Sabinum, Dig., 18,1,8,pr.).

Son, como se ve, demasiadas anomalías afectando a un solo negocio. No conduce a nada que en esta sede nos detengamos más en ellas, pero sí que observemos las semejanzas que existen entre estas anomalías y las observadas respecto de la compraventa que se ha considerado en Gayo, 3,146 y que se han expuesto y comentado en el capítulo I de esta tesis. Por eso, las posibles vías para obviar unas y otras podrían ser también notablemente semejantes. Al contrario de lo que sucede en el texto gayano, nada se opondría en el caso de la aestimatio a una cons--

trucción que tratara de resolver el problema de la calificación sobre la base de una calificación provisional coincidente con la del negocio básico al que se ha añadido la aestimatio y que se transformase después en la compra-venta que ésta implica.

1.1.4.6.6.- Consideración global sobre la aestimatio.

Así, pues, en todas las relaciones convencionales a las que se añade una aestimatio nos encontramos, como se ha visto en las páginas anteriores, frente a un convenio en el cual unas partes contratantes desean celebrar un contrato típico de buena fé, o constituir una dote, pero regulando de una manera especial el riesgo de la cosa objeto de ese contrato, que ha sido o va a ser entregada. Semejante regulación del riesgo implica siempre la atribución del periculum de la cosa entregada al accipiens, de modo que el tradens quede siempre a salvo del perecimiento o deterioro que pueda sufrir la cosa, obedezcan ellos, o no, a circunstancias de las que no debería responder el accipiens con arreglo a los elementos naturales del negocio celebrado: deberá responder de ellas en todo caso por virtud del convenio llevado a cabo. Como consecuencia de él el tradens puede tener la

seguridad de que en su momento recibirá, o bien la cosa misma que entregó, íntegra, o bien la suma de dinero en que fué valorada con vistas a que sobreviniera la imposibilidad de devolverla en esas condiciones (522). Pero precisamente este modo de atribución del riesgo que se sustancia en el cambio de la cosa por su precio hace imposible la protección de dicho convenio mediante la acción propia de la relación básica a que se ha añadido = la aestimatio, puesto que la regulación de intereses = que en ella se contiene no coincide con la causa de dicha relación básica. Su protección puede llevarse a cabo mediante otra acción encaminada precisamente a proteger una causa muy semejante a la perseguida por las partes con el convenio contemplado : la actio venditi, o la actio empti. Pero sucede que, contra lo que parece opinar la mayoría de la doctrina (523), semejante emptio = venditio no puede considerarse sin más como un contrato de compraventa directamente querido por las partes. La emptio-venditio en que consiste la aestimatio co-existe con la relación básica a que ésta se haya añadido hasta el momento en que por virtud de ella, la cosa entregada haya de ser devuelta; y hasta ese momento dicha relación básica despliega todos sus efectos, propios, independientemente de la existencia de semejante compraventa. Y todo ello tiene lugar así, porque a ello se =

orienta la voluntad de las partes. Mas ésto tiene una importante consecuencia: si del convenio de las partes derivan al mismo tiempo la existencia de la relación básica (normalmente un contrato de buena fé) y la existencia de una emptio venditio, ello quiere decir que en los casos de aestimatio nos hallamos ante un convenio que es constitutivo de dos contratos: el de compraventa y el que constituya la relación básica a que se ha añadido la aestimatio. Este último producirá sus efectos desde el primer momento; la compraventa no siempre, ni necesariamente, sino sólo en los casos en que la cosa perezca o se deteriore (o cuando aquella de las partes que tenga la facultad de elegir prefiera la entrega de la suma de estimación a la entrega de la cosa misma). Provisionalmente, deberá considerarse existente, sin duda, la relación básica, a la que se ha añadido la aestimatio, pero una calificación definitiva del negocio realizado solo podrá llevarse a cabo al final cuando la relación se extinga. Y, además, normalmente la calificación como compraventa o como otro negocio (el básico) dependerá de un acontecimiento determinado, exterior y objetivo: el perecimiento o el deterioro de la cosa. De este modo podría decirse, empleando palabras de Gayo, idque ex accidentibus apparet tamquam sub condicione facta cuiusque venditione an ... Pero, como consecuencia lógica del contenido del convenio realizado, que imponía la calificación como compraven

ta como medio más adecuado para proteger la regulación =
de intereses contenida en él, esa compraventa resultará
ser necesariamente, una compraventa muy anormal. En ==
cualquier caso, ella presentará una notable peculiaridad
por razón de su objeto, ya que ha de considerarse que es
el perecimiento o deterioro el acontecimiento determinante
en cualquier caso de la perfección de la compraventa.
Se mire como se mire, o ella se perfecciona cuando el =
objeto ya ha perecido, o se perfecciona antes, pero por
razón del perecimiento (o deterioro) del objeto. Ade==
más, esta compraventa no es directamente querida en cuanto
tal por las partes, sino sólo en el caso de imposibili
dad de la prestación propia del negocio al que se ha
añadido la aestimatio, de modo que, si éste no se hu==
biera celebrado, no se habría celebrado tampoco la vera
venditio en que consiste la aestimatio, porque las partes
lo que quieren de una manera prioritaria no es compr
ar o vender la cosa estimada, sino realizar respecto
de ella el negocio al que acompaña la aestimatio, y sólo
de una manera subsidiaria y subordinada a este negocio
es como quieren la emptio-venditio que la aestima==
tio implica; por eso puede decirse que esa venditio no
es simplex, sino dotis causa, etc., según se vió.

1.1.4.7.- El objeto de la compraventa en que consiste la aestimatio. Analogía con Gayo, 3,146.

Pero, si bien se mira, todos estos rasgos, peculiaridades y anomalías que son propios de la aestimatio y constituyen los rasgos sustanciales de su propia naturaleza son precisamente los pilares fundamentales de la estructura y de la problemática de Gayo, 3,146. Incluso en aspectos de detalle, las cuestiones suscitadas por este fragmento encuentran su paralelo en la casuística propia de la aestimatio.

Así, las semejanzas entre la vera venditio = que implica la aestimatio y la emptio venditio mencionada en el fragmento de la Instituta gayana que es objeto de esta tesis resultan, si cabe, aún mas patantes, desde el momento en que al problema genérico que hemos observado en dichas compraventas puede añadirse el específico que plantea la especial naturaleza de dicho objeto.

En efecto, en Dig., 19,2,54,2 (524) se contempla el caso de un esclavo estimado alquilado a la colonia formando parte del instrumentum fundi. En el texto mencionado se nos dice que dicho esclavo ad periculum colonae pertinere y que, por ello, si este esclavo muere,

el heredero de la colona estará obligado a entregar al arrendador la suma de estimación convenida. Ahora bien, hemos visto ya que la aestimatio se considera como una vera venditio y que, a tenor de Dig., 19,2,3 el instrumentum aestimatum ha de considerarse como emptum por el colono. Pero si ésto es así, ha de estimarse que la vera venditio de Dig., 19,2,54,2 tiene el mismo objeto de la emptio venditio de que se habla en Gayo, 3,146, ésto es, un cadáver humano, o si se prefiere, un esclavo muerto. Porque, si bien es verdad que cuando el instrumentum sea estimado id agi ut instrumentum emptum habeat colonus, no puede retrotraerse la perfección de la compraventa a un momento anterior a la muerte del esclavo. La razón de que este deba considerarse emptum está en ad periculum colonae pertinere y no puede considerarse comprado desde el principio, porque, si no, no tendría sentido que las fuentes nos hablaran de arrendamientos, ni de colonos, ni de periculum del colono, ni que estos fragmentos se incluyeran en el título II del libro XIX del Digesto, bajo ^{la} rúbrica locati conducti (525). Pero, si la compraventa que implica la aestimatio celebrada en Dig., 19,2,54,2, ha de considerarse integrada en todos sus elementos en el momento en que el esclavo muera, si la muerte del esclavo es el ele-

mento determinante de la perfección de la compraventa, entonces, nos hallamos sin duda ante la compraventa de un esclavo muerto, o lo que es lo mismo, ante la compraventa de un cadáver humano.

Así, en las mismas fuentes romanas encontramos, junto a la tajante e insalvable declaración de nulidad = de las compraventas propiamente dichas que tengan por objeto el cadáver humano, la existencia de otros negocios que también constituyen según las propias fuentes casos. de emptio-venditio y que pueden tener por objeto, en definitiva, a esos mismos cadáveres humanos. Se trata, sin duda de compraventas muy peculiares, pero, al fin y al = cabo, se trata de compraventas, o, si se prefiere, de = negocios calificados como emptio-venditio. Su peculiaridad más destacada estriba en que no se trata de meras == compraventas, (non simplex venditio), sino de compraventas existentes en función de otro negocio y orientadas a satisfacer los intereses del acreedor en el caso de que resulte imposible el cumplimiento de las obligaciones = que, en circunstancias normales, deberían derivar de ese otro negocio.

De este modo, pues, encontramos en las mismas = fuentes romanas la existencia de un mecanismo juridico =

que se presenta como perfectamente apto para proteger = el juego de intereses que hemos visto existir entre el = lanista y el organizador de la lucha gladiatoria, y para darles un cauce jurídico que permite aceptar la calificación gayana, salvando los obstáculos que, como también = hemos visto, ofrecía la calificación como compraventa del convenio celebrado respecto de los gladiadores muertos.

1.1.4.8.- Consideraciones sobre la relación existente = entre la aestimatio y Gayo, 3,146.

Configurada la relación existente entre el tradens y el accipiens de Gayo, 3,146 como un arrendamiento de todos los gladiadores, al cual se hubiera añadido un convenio de aestimatio, resultaría, en efecto, la calificación gayana perfectamente explicable y diáfana. En cumplimiento del contrato de arrendamiento, los gladiadores que hubieran salido ilésos del combate, deberían ser devueltos al lanista-arrendador, y el organizador de los juegos-arrendatario, debería pagarle, pro sudore, la merced arrendaticia convenida (veinte denarios). En cambio, en el caso de los gladiadores muertos o debilitati, en cumplimiento de lo convenido en el convenio de aestimatio esa obligación de devolver la cosa arrendada, se transfor

maría en la obligación de pagar al arrendador la suma fija da como aestimatio de ella (mil denarios). Esto se ajusta plenamente a la alternativa ofrecida por Ulpiano en Dig., 19,3,1,1: "aut igitur ipsam rem debebit incorruptam redde-re, aut aestimationem de qua convenit". Pero la existencia de una aestimatio añadida a dicho arrendamiento no sólo = explicaría los términos de la alternativa gayana desde es- ta perspectiva, sino también sus términos en cuanto a la = calificación del convenio celebrado. En efecto, teniendo = presente el testimonio de Pomponio, cum fundus locetur et aestimatum instrumentum accipiat, Proculus ait id agi ut = instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret cum quid aestimatum in dotem daretur (Dig., 19,2,3), porque, como = dice Ulpiano, aestimatio venditio est (Dig., 23,3,10,5), = los gladiadores qui integri exierint serían considerados como objeto de un arrendamiento y devueltos al locator-la nista; qui mortui aut debilitati fuerint, por efecto de la aestimatio añadida al arrendamiento, serían considerados empti venditi, (quia aestimatio venditio est) y en su lu- gar, el organizador de los juegos debería devolver al la nista el precio de los mismos (aestimationem de qua conve nit).

Sin embargo, tan fácil y armoniosa construcción tampoco puede considerarse plenamente adecuada para resol

ver el problema que se nos plantea en el texto que estamos estudiando. (A su adecuación pueden oponerse algunas e importantes objeciones).

No puede olvidarse, por una parte, que, según = el testimonio de Ulpiano, aestimatio semper facit periculum eius qui suscepit (Dig. 19,3,1,1), mientras que en el caso de los gladiadores no puede decirse, sin más, que el organizador de los juegos asuma el periculum de la cosa entregada. El accipiens de Gayo, 3,146 asume, ciertamente, un riesgo de la cosa entregada, pero es un riesgo perfectamente limitado a unos supuestos muy concretos: la muerte o el lisiamiento en la lucha gladiatoria. Evidentemente, éstos son los peligros que con más inminencia acechan a los gladiadores y los primeros que cualquiera tomaría en consideración al pensar en el supuesto contemplado. = Pero ello no debe oscurecer un análisis objetivo de la situación. El riesgo de perecimiento por vis maior, para = pensar en un supuesto del que no se hace responsable al arrendatario en un sistema de responsabilidad objetiva, como es el del derecho clásico, no queda cubierto para el = lanista según los términos del convenio transmitido en el manuscrito veronés, y puede pensarse que, precisamente = la aestimatio y otros convenios análogos podrían haber = cumplido la función de mantener, por vía convencional, el

sistema de responsabilidad objetiva, frente a esos "spun-
ti di responsabilità colposa" que ya en el derecho clási-
co detectaba ARANGIO-RUIZ (526). Con arreglo a los térmi-
nos del convenio celebrado, todos los riesgos, salvo el =
de perecimiento o lisiamiento en la lucha, gravan sobre =
el lanista y no sobre el organizador de los juegos. Desde
este punto de vista, pues, la asunción del riesgo por par-
te del organizador de los juegos, con arreglo a los términos
del convenio celebrado, no coincide exactamente con la asun-
ción del riesgo que es propia del arrendatario que ha re-
cibido aestimata la cosa arrendada.

Pero, por otra parte, tampoco se puede olvidar =
una objeción que se ha esgrimido ya muchas veces a lo lar-
go de esta tesis y que constituye, desde la perspectiva =
que aquí se sostiene, un obstáculo insuperable para poder
aceptar esta construcción, lo mismo que lo constituyó para
poder aceptar otros intentos de explicación de la mecánica
jurídica adecuada para poder resolver los problemas del ==
fragmento. Esa objeción es que la construcción que pudiera
ver la solución de los problemas del texto en la operativ-
dad de una aestimatio añadida al arrendamiento de los gla-
diadores, tampoco se adapta con exactitud a los términos =
del planteamiento de Gayo, 3,146. En definitiva, viene a =
ser una interpretación más del texto basada en el atracti-

vo (527) modelo del arrendamiento más pactum adiectum, con lo que, considerando la existencia previa de una relación básica de arrendamiento existente ab initio, se separa de la fría alternativa gayana entre arrendamiento o compra-venta, que únicamente permite una calificación, y nótese bien, no sólo una calificación definitiva, sino también = una calificación provisional (como sería en este caso la = del arrendamiento), después de que sea conocido el resultado final de los juegos gladiatorios, es decir, una vez que se sepa si los gladiadores han muerto o deben considerarse debilitati. Al fin y a la postre el resultado será el mismo, pero el mecanismo jurídico empleado para conseguirlo es, evidentemente, distinto (528).

Mas, la analogía existente entre ambos mecanismos jurídicos, sin embargo, no debe despreciarse, pues constituye, probablemente -y ello es lo que se sostiene en esta tesis- la única perspectiva que puede explicar la compra-venta de los gladiadores muertos contemplada en el fragmento, compra-venta que, de otro modo, resultaría inconcebible para el derecho romano clásico, como se ha tratado de demostrar en el capítulo I de esta tesis y resulta claramente manifestado en los textos genuinamente clásicos que = sobre la nulidad de las ventas de cosas no comerciables han llegado hasta nosotros, algunos de los cuales se han repro

ducido también aquí.

En efecto, la aestimatio viene a convertirse en el único cauce para la admisión de una emptio venditio = con semejante objeto. Admitido: 1º) que la aestimatio implica una vera venditio; 2º) que la aestimatio puede tener = por objeto , entre otras cosas, también a los esclavos; y 3º) que, en todo caso (529) la aestimatio transforma en = emptio venditio la relación básica a que se haya añadido, cuando se produce el perecimiento de la cosa, por ejemplo, la muerte del esclavo que hubiera sido estimado, no cabe duda de que se admite una vera venditio de un esclavo muerto, es decir, de un cadáver. Esta conclusión que, desde un punto de vista lógico, parece incontestable, pudiera considerarse falaz apelando a razones de fondo y no puramente formales. En este sentido podría pensarse, por ejemplo, en la consideración del negocio como retroactivo, pero esa construcción tropezaría con los mismos obstáculos que se han = visto para la eficacia retroactiva de la condición a que = se veía sometida la compraventa de los gladiadores en Gayo, 3,146. Quizá haya, ciertamente, una falacia en la argumentación anterior, pero ella consistiría en equiparar, o, si se quiere en reducir, el contenido semántico de la expresión emptio-venditio al solo contrato de compraventa, tal como éste es entendido normalmente en la terminología jurí

dica moderna. La vera emptio venditio en que consiste =
la aestimatio no es, en puridad, una compraventa, aun==
que su régimen sea semejante, porque obedece, en reali==
dad a una causa distinta, y esa causa es precisamente la
asunción del riesgo de la cosa estimada por quien la ha
recibido; la asunción de una "Versicherungshftung" a tra--
vés del pacto añadido a un negocio jurídico. (530). Que
a esa emptio venditio se la quiera llamar, o no, compra-
venta, es una cuestión ajena a la naturaleza del proble-
ma que estamos tratando aquí. Lo que importa destacar en
este momento es que los romanos aceptaron, incluso en =
plena época clásica -y de ello nos ilustra suficientemen-
te la existencia de la aestimatio- la emptio venditio =
del cadáver humano, al menos cuando esta emptio venditio
perseguía la finalidad de proporcionar al venditor el =
valor de la cosa estimada cuando ésta no pudiera serle =
devuelta incorrupta. (Incluso podría concederse que acep-
taron, en definitiva, en determinadas circunstancias, la
consideración como compraventa de la mera subrogación =
del valor-precio en el lugar de la cosa). Ello puede ==
inducir a pensar con BECHMANN (531) que, en realidad, =
emere significa cambiar contra dinero, o a argumentar a fa-
vor de la teoría que vé el elemento tipificador de la =
compraventa, -en cuanto que lo considera como criterio =

individualizador de la misma frente al arrendamiento- =
la circunstancia de que se establezca una contrapresta-
ción en dinero a cambio de la entrega definitiva de una
cosa, a cuya devolución se renuncia convencionalmente ==
(532); todo ello es ajeno a nuestro argumento.

Pero lo que sí resulta indiscutible a la vista
de los intereses y la finalidad perseguidos por las par-
tes, es que Gayo, reflejando la opinión mayoritaria de la
jurisprudencia, pudo calificar, como emptio venditio em-
pleando una terminología jurídica irreprochable, el conve-
nio por el cual el lanista y el organizador de los jue-
gos establecieron que, a cambio de cada uno de los gladi-
dores muertos o lesionados en la lucha gladiatoria, el =
último pagaría al primero el valor de las víctimas, a pe-
sar de que algunas de éstas (los gladiadores que resul-
taran muertos) constituyesen en el derecho romano clási-
co un objeto no comerciable y, por tanto, no idóneo para
constituir el objeto de un contrato de compraventa, o, =
más exactamente, de cualquier obligación en general.

Desde esta perspectiva, aunque no pueda consi-
derarse plenamente satisfactorio todo el comentario de =
KRUECKAMNN sobre Gayo, 3,146 su intuición del sentido del
mismo en sus rasgos generales y la orientación que ella

impone resulta no sólo particularmente aceptable, sino totalmente necesaria para la adecuada comprensión del texto, que, de otro modo, se convierte, sin duda, en un producto de confusión insalvable.

Porque, si, por una parte, no parece que la solución a los problemas planteados por Gayo, 3,146 deba buscarse en la consideración de la existencia allí de un arrendamiento al que se haya añadido una aestimatio, por otra parte, sí parece cierto que la consideración de la aestimatio como emptio venditio puede explicar la calificación gayana en el caso de los gladiadores, habida cuenta de las grandes analogías que ambas presentan.

En efecto, hemos visto cómo la aestimatio constituía según las fuentes una vera venditio y cómo las cosas estimadas debían considerarse emptae por quien las recibió en tal concepto. Pero hemos visto también cómo esa consideración no obedecía a una voluntad de las partes directamente encaminada a comprar y vender, sino a la intención de atribuir a una de ellas unos riesgos de los que no debería responder con arreglo a los naturalia negotii de la relación existente entre ellas. Es esta misma intención la que en el capítulo II hemos visto existente entre el lanista y el organizador de los juegos en el convenio descrito en Gayo, 3,146. Lo que es

jurídicamente relevante en la intención de las partes = es acogido, = , sancionado jurídicamente y protegido a través de un instituto jurídico existente en el seno del ius civile y que se muestra apto dentro de él para satisfacer las aspiraciones de las partes: la emptio-venditio. Una vez satisfechas esas aspiraciones y dotadas del cauce jurídico adecuado, la jurisprudencia no necesita insistir más en otros detalles ni agotar en sus explicaciones el contenido de la voluntad contractual propiamente dicha ni el de las intenciones de las partes que quedan fuera de aquella. Cuando las partes celebran una = aestimatio lo que pretenden es llevar a cabo una determinada regulación del riesgo por virtud de la cual la persona que ha recibido una cosa estimada se obliga a devolverla íntegra o bien a devolver en su lugar una cantidad de dinero -la suma de estimación- en que a esos efectos ha sido valorada dicha cosa. Para satisfacer esa aspiración la jurisprudencia podía quizá haber creado un tipo contractual nuevo, pero, en lugar de hacer eso, prefiere recurrir a un instituto jurídico ya existente. De este modo, si la cosa se devuelve íntegra, la relación será calificada con arreglo a la calificación correspondiente a la relación básica, cuya regulación del riesgo querían modificar las partes; si en lugar de ello lo = que se ha de devolver con arreglo a los términos del ==

convenio realizado por las partes no es la cosa misma, sino la suma de estimación, la jurisprudencia calificará // la relación como una emptio venditio, con lo cual, el = accipiens vendrá obligado a entregar, a cambio de la extinción definitiva de la obligación que podría tener de devolver la cosa entregada, el precio en que fué valorada ésta, a saber, la suma de estimación. Con esta doble calificación se consigue exactamente el resultado querido por las partes. La jurisprudencia no necesita dar más explicaciones sobre los detalles y motivos de esa calificación; además la jurisprudencia romana no acostumbra a hacerlo. Con su calificación ha hecho jurídicamente posible el propósito de las partes: es suficiente. Y si el = negocio realizado se ajustara exactamente a la calificación dada por la jurisprudencia de una manera fácilmente comprensible, también sería suficiente para nosotros. = Pero como no sucede así, como la emptio venditio que implica la aestimatio es una compraventa muy anormal, a no = sotros no puede bastarnos de un modo satisfactorio con el resultado obtenido a través de esa calificación, sino que hemos de tener en cuenta también la finalidad == e intención que las partes persiguen. Pero, si la intención de las partes que han realizado el convenio descrito en Gayo, 3,146 coincide plenamente en lo que se refiere a la regulación del riesgo con la intención perseguida

típicamente por las partes que celebran una aestimatio; si esa intención es, como se ha visto, determinante de la calificación aplicada por la jurisprudencia; y, si la interpretación típica de la voluntad contractual coincide también en ambos, hemos de concluir que, sin duda, = el más conocido de ellos, ésto es, la aestimatio puede = proporcionarnos el modelo en que quizá se inspirase la = jurisprudencia para dar la calificación que nos ofrece el texto gayano, o, al menos, el modelo que nosotros debemos tener presente para entender aquella calificación, sobre todo cuando las anomalías que presenta en ambos la calificación son también semejantes entre sí.

Ciertamente el planteamiento y el mecanismo jurídicos de la aestimatio y los de Gayo, 3,146 son distintos. Por eso, entre otras razones, no podemos considerar la existencia de una aestimatio en este fragmento. Pero lo que ahora nos interesa no es el planteamiento de conjunto, ni el mecanismo jurídico que permita hacer operativa provisional o definitivamente una de las dos calificaciones que el negocio contiene en germen. De ello se = hablará más adelante. Lo que ahora nos interesa es analizar, comprender y explicar la posibilidad de cada una de esas calificaciones separadamente y en sus términos concretos. Y ello parece posible para la emptio venditio de

que nos habla Gayo en 3,146, con la perspectiva que nos ofrecen la calificación jurisprudencial (que ha de considerarse pacífica en el derecho clásico) de la aestimatio como vera venditio y las anomalías que presenta esa "compraventa" en que consiste la aestimatio.

En efecto, desde esta perspectiva, la calificación como emptio venditio del negocio realizado respecto de los gladiadores muertos o debilitati no ofrece en realidad ningún problema.

Hemos visto en el capítulo II cómo el propósito que mueve a las partes contratantes en Gayo, 3,146 no es otro que el de proporcionar al accipiens, a cambio de una cantidad de dinero, los gladiadores necesarios para la organización de los juegos. Facilitar una cosa, o el uso de una cosa a cambio de una cantidad de dinero, puede, sin embargo, constituir el contenido de varios negocios típicos y por eso es necesario matizar más las circunstancias concretas del suministro de la cosa, en este caso de los gladiadores. Si la intención de las partes se orientase al suministro definitivo de los gladiadores de modo que el lanista no debiera recuperarlos nunca más de acuerdo con los términos del convenio realizado, nos hallaríamos sin duda alguna frente a un contrato de compraventa

de los gladiadores, y, además, frente a un contrato de compraventa enteramente corriente y normal, que no suscitaría ninguna dificultad.

Los términos del convenio realizado, sin embargo, son muy otros. La intención de las partes que intervienen en el convenio no es precisamente la de que los gladiadores sean proporcionados de una manera definitiva. Si el lanista y el organizador de los juegos se limitaran a convenir un suministro puramente temporal de los gladiadores, tampoco habría ninguna dificultad y la calificación del convenio como un contrato de arrendamiento tampoco suscitaría ningún problema. La intención de las partes, se acomoda más bien a ésta última calificación, pero tampoco coincide exactamente con ella. Por una parte no puede olvidarse que la intención de las partes no es la de facilitar los gladiadores definitivamente. Prueba de ello es que aquellos gladiadores que puedan ser devueltos íntegros, deben ser devueltos íntegros ellos mismos. (533). No es la intención de las partes la de suministrar definitivamente los gladiadores. Esto sólo tiene lugar respecto de aquellos gladiadores que no puedan ser devueltos íntegros. En cuanto a ellos, la obligación de devolver recae sobre una suma de dinero previamente convenida, cuyo montante puede co-

rresponder al valor de un gladiador de tipo medio, según las tarifas establecidas en el Senatusconsultum de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis (534). Por otra parte, sin embargo, esta suma de dinero actúa realmente como precio de una cosa que ha sido entregada definitivamente y respecto de la cual el accipiens no tiene ninguna obligación de restitución. No actúa propiamente como un subrogado de la cosa ni tampoco propiamente como montante de una obligación de indemnización que grave sobre el arrendatario, porque precisamente la obligación de enregar tal suma de dinero se establece para un supuesto en que el arrendatario, como tal, queda exonerado de toda responsabilidad por el perecimiento o deterioro de la cosa.

Sin embargo, tampoco puede olvidarse que esa = renuncia a la devolución de la cosa entregada, con la consiguiente voluntad de que su entrega sea definitiva, a = cambio de una cantidad de dinero que actúa como precio, no es directamente querida por las partes, más que en el caso de imposibilidad de restitución de la cosa íntegra. Ciertamente es querida por ellas con una voluntad jurídicamente relevante, y esto basta a la jurisprudencia para calificar el negocio realizado como una emptio venditio (quizá porque no pueda ser calificado de otra manera); =

Pero es cierto también, y de ello no podemos prescindir nosotros, que tal entrega definitiva de la cosa a cambio de su precio no es directamente querida por las partes = en todo caso, sino sólo en determinadas circunstancias = y a causa de la imposibilidad de que la cosa sea devuelta íntegra, a causa de las pérdidas que supondría para = el lanista la aplicación de las normas propias del contrato de arrendamiento y precisamente para enjugar esas pérdidas, o para indemnizarle de ellas. Porque, la intención real que persiguen las partes que han realizado el convenio no es la de comprar o vender los gladiadores, = sino la de hacer recaer sobre el organizador de los juegos unos riesgos de perecimiento o deterioro, que, con = arreglo a los elementos naturales del contrato de arrendamiento, que, como contrato básico, es en su conjunto el que más se aproxima a la intención que las partes persiguen, gravarían sobre el lanista-arrendador. Por eso, la relación existente en cuanto a aquellos gladiadores = que, después de la terminación de los juegos se sepa ya que no han sufrido ningún daño como consecuencia de esos riesgos a los que han estado expuestos, será calificada, sin más, como arrendamiento y esta calificación no suscitará ninguna dificultad, como ya se indicó en el capítulo I. Los problemas se suscitarán únicamente como conse-

cuencia de la calificación como compraventa, ya que en este caso, y para emplear palabras utilizadas por las fuentes a propósito de un caso análogo, no se trata de una simplex venditio, sino de una venta cuya causa es una especial regulación del riesgo en el contrato de arrendamiento de los gladiadores que las partes quieren celebrar. Por eso, la compraventa de que se trata ofrece todas las anomalías que se han visto en el capítulo I de esta tesis, que son sustancialmente las mismas que ofrece la venta en que consiste la aestimatio, porque la intención real de las partes no es la de que la suma que ha de devolverse en lugar de los gladiadores muertos o debilitati actúe como precio de una compraventa normal, sino la de que actúe como suma de indemnización por el perecimiento o deterioro de la cosa arrendada.

Sin embargo, como el único medio con que la jurisprudencia cuenta, o al menos, como el medio que la jurisprudencia considera, entre aquellos con que pueda contar, como el más adecuado para dar cauce jurídico a la situación contemplada es el contrato de compraventa, ella calificará el negocio realizado como una emptio-venditio en atención al carácter definitivo de la entrega de la cosa contra una cantidad de dinero. Subsisten, sin duda para la calificación como compraventa las dificultades

insuperables que se señalaron en el capítulo I, pero no se trata de una compraventa normal, sino de un negocio = con finalidad indemnizatoria (o aseguratoria, si se quiere), no es una simplex venditio; y la jurisprudencia tiene ya en la época clásica el modelo de la aestimatio, en la que el cauce jurídico de la emptio venditio para proteger una finalidad semejante se encuentra plenamente consagrado, en los términos y con las peculiaridades que se han visto en las páginas anteriores.

Haya, o no, compraventa, nos encontramos ante un negocio que, obedeciendo a las características antes descritas, fué calificado por la jurisprudencia romana como una emptio venditio, de acuerdo con las calificaciones = semejantes, aplicadas por la misma jurisprudencia a otros ~~casos~~ análogos.

Si la jurisprudencia hubo de forzar, o no, para ello, los normales esquemas clásicos de la emptio venditio es una cuestión ajena a esta sede. Lo que aquí interesa destacar es que con la calificación del negocio como emptio venditio, que tiene la misma justificación en Gayo, 3,146, que en cualquier caso de aestimatio, se garantiza jurídicamente el resultado querido por las partes; = que, una vez alcanzado ese objetivo, la función de la jurisprudencia ha terminado y que ella no necesita dar más

explicaciones sobre la intención de las partes ni sobre =
la finalidad que haya tenido en cuenta para llevar a cabo
la calificación, pues le basta con enfrentarnos con el =
resultado: arrendamiento o ~~compra~~compraventa, una calificación
cuyas consecuencias se adaptan exactamente a la finalidad
perseguida por las partes.

Los demás elementos y circunstancias del conve-
nio o de la relación existente entre las partes son irre-
levantes jurídicamente y la jurisprudencia puede prescindir de ellos a la hora de emitir su calificación. Le basta con aquellos que son suficientes y necesarios para dar cumplidamente un cauce jurídico a las pretensiones reales de las partes. Y ésto, como hemos visto, puede conseguirlo plenamente con una calificación que consista en la =
fría alternativa transmitida en Gayo, 3,146: o arrendamien-
to (respecto de los vivos), o compraventa (respecto de los
muertos o debilitati). Y, como también hemos visto, seme-
jante calificación no resulta extraña a la habitualmente
aplicada por la jurisprudencia para dotar de protección
jurídica a otros casos análogos, en los que mediante con-
venios semejantes e inspirándose en la misma intención,
las partes persiguen la misma finalidad.

Cabe, pues, la emptio venditio (una emptio vendi-
tio muy peculiar, es cierto, pero al fin y al cabo una =

emptio venditio) para la calificación del convenio celebrado respecto de los gladiadores muertos o debilitati en Gayo, 3,146. Y cabe, además, una emptio venditio que no fuerza los cauces normales y habituales empleados por la jurisprudencia para casos análogos. En el fragmento gayano se nos da a entender que la cuestión no apareció -siempre, al menos- con una claridad tan meridiana a la jurisprudencia romana: con un queritur se abre el fragmento; con un magis placuit se introduce la calificación que definitivamente prevaleció. Lo que no sabemos es en qué términos se planteó la discusión jurisprudencial, ni qué parte debe atribuirse a ésta o a Gayo en cuanto a la sede en que el fragmento que nos interesa aparece situado en la Instituta. En este punto sólo nos queda margen = para las conjeturas. Puede pensarse que quizá la duda = que experimentó la jurisprudencia romana se debiera a la circunstancia de plantearse la cuestión en una época temprana (no necesariamente al alcance de la memoria personal de Gayo), en la que la calificación de la aestimatio como emptio venditio aún no hubiera sido admitida por = la jurisprudencia con el carácter de generalidad con que aparece consagrada en los albores de la época clásica. Puede pensarse también que quizá la duda jurisprudencial podría deberse más que a la calificación misma de la emptio venditio respecto de los gladiadores muertos o debili-

tati, al planteamiento general del convenio o al mecanismo jurídico adecuado para hacer posible la doble calificación como arrendamiento o como compraventa. En todo caso, la duda sobre la que el texto nos informa no tiene entidad suficiente para desvirtuar las consideraciones anteriores y el carácter normal, dentro de su peculiaridad, de la calificación como emptio venditio en la época clásica de que nos informa el fragmento 146 del libro III de las Instituciones de Gayo respecto de los gladiadores que resultaran muertos o debilitati como consecuencia de las contingencias del juego gladiatorio.

Así, pues, admitida la posibilidad de la emptio venditio de que nos habla el texto gayano, aun con las peculiaridades y los condicionamientos que se han expresado en las páginas anteriores, los dos términos de la alternativa gayana aparecen igualmente explicables. Los gladiadores que sobrevivan indemnes se considerarán locati-conducti; los muertos o debilitati, empti-venditi. Ambos términos parecen suficientemente aclarados. Quedan, pues por examinar ahora los otros aspectos del fragmento y de ellos nos ocupamos a continuación.

2.- El problema de la condición

2.1.- Aspecto doctrinal.

Aparte de los problemas suscitados por la calificación como compraventa del negocio realizado respecto de los gladiadores muertos o debilitati en el texto que es objeto de esta tesis, otra de las cuestiones que más importancia revisten entre las suscitadas por el mismo, tal como se ha planteado su estudio en la doctrina, es la existencia en el caso que en él se contempla de la operatividad de una o varias condiciones en el convenio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos. Ya se vió en en Capítulo I cómo no eran pocos los autores que se pronunciaban a favor de su existencia, ni los argumentos aducidos por ellos para fundamentarla. Ya se vió también allí cómo sus planteamientos eran muy diversos y cómo el recurso a la condición estaba motivado en unos casos por la simple visión del mecanismo jurídico apto para encauzar los términos de la calificación sin tener en cuenta otras circunstancias, y cómo en otros casos el recurso a la condición estaba directamente motivado por la necesidad de evitar la falta de idoneidad en el objeto de la compraventa mediante el recurso a una eficacia retroactiva de dicha condición. Ya se vió también, sin embargo, cómo ambos tipos de planteamientos deja-

ban sin resolver en los dos casos el problema aludido y cómo, a no ser a través de una ficción, tropezaban = los dos en el escollo de la falta de idoneidad en el = objeto de la compraventa considerada. No obstante, re-
suelto quizá en las páginas anteriores el problema de la calificación como emptio-venditio de un negocio con semejante objeto, resulta necesario considerar ahora = el problema de la operatividad de una condición en Gayo, 3,146, y ello no sólo por las importantes posiciones doctrinales en que su existencia se defiende, sino también y sobre todo porque la operatividad de una con-
dicción es aludida en el propio fragmento gayano en la parte destinada a explicar la calificación dada por ju-
risprudencia al negocio allí contemplado. Ello hace su-
poner que la teoría de las condiciones ha de tener alguna incidencia en el supuesto que se estudia en esta tesis e impone, en consecuencia, una consideración de la misma.

Más adelante se aludirá a la base textual = que ofrece el tenor del manuscrito veronés a propósito de la cuestión que ahora nos interesa. Comencemos, sin embargo, ocupándonos en primer lugar del aspecto única-
mente dogmático o doctrinal del problema.

Este orden de consideraciones parece particu-
larmente interesante entre otras razones por la circuns

tancia de que tal como se ha planteado su estudio en la doctrina romanística, Gayo, 3, 145 ha aparecido vinculado en su tratamiento por muchos autores con la doctrina y la teoría de las condiciones, con las variantes = que han sido indicadas,

No parece oportuna repetir en este momento el resumen y el análisis de los varios matices con que se ha manifestado a lo largo de la pequeña historia del tratamiento científico de Gayo, 3, 146 la tendencia = doctrinal que ve en el caso de los gladiadores la existencia de la operatividad de una o varias condiciones; y ello por dos razones. De una parte, porque ese resumen y ese análisis ya se llevaron a cabo en el Cap. I de esta tesis (535) al tomar en consideración el problema de la idoneidad del objeto de la compraventa de los gladiadores muertos, lo que estaba justificado, entre otros motivos, porque en muchas construcciones, la operatividad de una eficacia retroactiva de la condición a que hubiera estado sometido el negocio realizado, fué esgrimida como expediente para obviar la falta de idoneidad del objeto de tal negocio, y en otras porque la falta de eficacia retroactiva conducía inexorablemente, según se ha pretendido demostrar en este trabajo a la nulidad de dicho negocio, precisamente por la mencionada falta de idoneidad en su objeto. De otra parte, el alu-

dido resúmen y el aludido análisis de los matices con que se ha manifestado esta tendencia resultan realmente superfluos es esta sede, en la que la mera afirmación de la existencia de una condición en el negocio = contemplado es punto de referencia suficiente para las reflexiones que se van a hacer a continuación.

Sucede, en efecto que, aunque la idoneidad = del objeto, o su falta, en la compraventa de los gladiadores muertos hayan sido circunstancias determinantes de la adopción de determinadas posturas doctrinales en = relación con la eficacia de la condición que se ha querido ver operante en Gayo, 3, 146, no son éstas las únicas razones y circunstancias a tener en cuenta a la hora de estudiar el carácter puro o condicional del negocio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos. Si no existieran esas otras razones, quizás no tendrían sentido las presentes reflexiones, después de haberse admitido en esta tesis la idoneidad de los gladiadores muertos para ser objeto de la peculiar emptio-venditio a la que, según se ha expuesto en las páginas anteriores, se hace referencia en Gayo, 3, 146. Mas = aceptando la posibilidad de semejante emptio-venditio y la idoneidad de su objeto, su carácter, condicional o no, es un problema que ofrece todavía importancia suficiente para ser objeto de estudio aparte.

Para los efectos que aquí interesan, basta = recordar en este momento que en todas las interpretaciones que defienden la operatividad de una condición en el supuesto contemplado, su cumplimiento o su frustración coinciden con la muerte-lisiamiento de los gladiadores, o con la salida de los mismos indemnes de los juegos. Naturalmente, no podía ser otro el acontecimiento que = actuase como hecho-condición; pero este fondo necesariamente común a todas las interpretaciones doctrinales = que defienden el mecanismo condicional en la calificación contemplada, es suficiente para considerarlas unitariamente desde la perspectiva que aquí nos interesa. Y es precisamente esta circunstancia la que hace que la construcción condicional ofrezca notables dificultades dogmáticas en el presente caso.

En efecto, según nos informa con claridad Gayera en 3,146, el lanista y el organizador de los juegos proceden a una clara regulación de sus intereses, cuyos términos no dejan lugar a dudas. Según el tenor de esa regulación las obligaciones y los derechos de cada una de las partes respecto a la otra serán distintos = según que los gladiadores mueran o resulten lisiados, o bien salgan vivos e incólumes de los juegos a que se destinan. En un caso la jurisprudencia calificará el negocio realizado como una compraventa y en el otro como un arrendamiento. El hecho que determinará una calificación

o la otra no será sino el de que los gladiadores salgan íntegros de la lucha, o no.

Ahora bien, como ha observado SOLAZZI, "la condición suspensiva —dicen todos los manuales— es la cláusula del negocio jurídico como consecuencia de la = cual su eficacia depende de que se verifique un acontecimiento futuro e incierto; si éste acontecimiento no se verifica, el negocio es nulo". Sin embargo, en Gayo 3,146, "del hecho de que se verifique, o no, el acontecimiento futuro e incierto depende una u otra eficacia del contrato, el cual valdrá como contrato de arrendamiento, o como contrato de compraventa, pero válido será siempre" (536).

Esta aguda observación de SOLAZZI parece indiscutible y viene a oponer un argumento insuperable desde el punto de vista dogmático al carácter condicional del negocio contemplado en Gayo 3,146.

Hay que observar que la muerte-lisiamiento o la salida de los gladiadores indemnes no constituyen = el supuesto de ningún hecho-condición sencillamente = porque su operatividad según la regulación de intereses llevada a cabo por el lanista y el organizador de los juegos, no es la operatividad propia de una condición. Si se tratase de una condición, su operatividad



incidiría sobre la eficacia del negocio; como se trata de otro tipo de cláusula, su operatividad incide sobre la naturaleza del negocio realizado. En el caso de que la supuesta condición se frustre, el negocio seguirá surtiendo efectos y desplegando su eficacia. Por eso no faltaba razón tampoco a SOLAZZI al afirmar que = "la dificultad de admitir una condición que, si bien frustrada, deje, sin embargo, subsistente el negocio, es innegable" (536-~~ma~~). La sencilla solución para esta = dificultad es que, como no existe ninguna condición, no hay condición frustrada y, por consiguiente, ningún obstáculo se abre a que el negocio siga desplegando su eficacia, se produzca, o no, un determinado acontecimiento. Porque, el convenio celebrado entre el = lanista y el organizador de los juegos desplegará su = eficacia en todo caso y lo único que dependerá de la = supuesta condición será una regulación u otra de sus intereses, y, consiguientemente, una calificación u = otra del negocio realizado. Pero, --es necesario insistir en ello-- la cláusula por virtud de la cual = se hace depender la naturaleza del negocio realizado del hecho de que se verifique o no un acontecimiento futuro e incierto, no es una condición, por muy semejante que pueda aparecer con ella.

Una objeción podría oponerse a la aplicabilidad de estas reflexiones de SOLAZZI al caso que nos ocupa y es la de que en él no habría que apreciar la existencia de una condición, sino la de dos, concebidas en términos opuestos entre sí, cada una de las cuales afectaría sólo a uno de los posibles tipos contractuales contemplados: el arrendamiento o la compraventa.

En realidad, este tipo de construcción ya había sido propuesto por BESELER (537) con anterioridad a la publicación de las reflexiones del estudioso italiano, al cual no escapa esta dificultad. Por ello el propio SOLAZZI (537-~~48~~) ha tratado de poner de manifiesto que semejante construcción no resulta aceptable y a su razonamiento también se adhiere THOMAS (538). Las hipótesis ---dice--- de que los gladiadores salgan del combate vivos o salgan de él muertos o lesionados, no constituyen supuestos correspondientes a condiciones distintas, sino que son los dos aspectos de una misma condición. Cuando tenga lugar uno de ellos, el otro no se verificará, "de modo que las partes no añaden al negocio dos condiciones distintas, sino que prevén dos casos correspondientes a la condicio extans y a la condicio deficiens, regulando de manera diferente los efectos del negocio para uno y para otro caso" (539).

Por otro lado, contra la construcción propugnada por = BESELER también se ha pronunciado CALONGE (540), que, como se recordará se muestra partidario de una construcción condicional del negocio (541). El profesor = español ha puesto de relieve ~~que en el caso de los gladiadores~~ la condición es una, mientras que lo que resulta doble no es más que la relación contractual (arrendamiento o compraventa), cuya naturaleza será decidida por el cumplimiento de la condición (542).

Debe advertirse, sin embargo, que, debido = quizá también a que no fuese formulada por SOLAZZI de una manera muy afortunada, ya que en su exposición se reduce a un argumento más (aunque de la mayor importancia) en su ataque contra la genuinidad de Gayo, 3,146, esta aportación del romanista italiano al estudio del texto que nos ocupa ha sido en general acogida con = poco éxito en la doctrina.

Así, por ejemplo, MAYER-MALY, adoptando una posición que más bien parece incongruente consigo = misma, dice que SOLAZZI tiene razón en su observación; que el fragmento afecta de lleno a la teoría de las = condiciones; pero que para una comprensión de la solución gayana no es necesario considerar el contrato = consensual sometido a condición (543).

THOMAS (544) se hace eco de la observación =
de SOLAZZI al enumerar las dificultades con que tropie =
za la construcción condicional del negocio de los gla =
diadores, pero no hace sobre ella ningún comentario.

Por su parte, MASI (545), que, interviene =
en la discusión sobre el carácter único o doble de la
condición, entendiendo que no hay obstáculo alguno =
para admitir éste último, alude a algunas de las difi =
cultades suscitadas por SOLAZZI respecto de la opera =
tividad de una condición en Gayo, 3, 146, pero no pres =
ta atención a la objeción de fondo de dicho autor =
respecto del carácter no condicional de la "condición"
que se ha creído ver operante en el caso que nos ocu =
pa.

Por el contrario, CALONGE, que, como se ha
dicho, ha realizado el estudio más completo sobre el
texto, presta a la objeción de SOLAZZI la atención que
merece. Ya se indicó que el profesor español se mues =
tra partidario de la operatividad en el caso de los =
gladiadores de una condición y, en consecuencia con =
ello, fundamenta en su estudio una postura contraria
a la que pudiera derivar de la aceptación de la obser =
vación de SOLAZZI. Entiende Calonge "que no es po =

sible partir, como hace SOLAZZI, de un concepto apriorístico de condicio. Ha sido puesto de manifiesto repetidas veces que la condición, en el lenguaje jurídico de la época clásica, no tiene un significado unívoco ni unos contornos delimitados, sino que, por el contrario, el juego de la condicio en esta época parece = presentar unos perfiles amplios e imprecisos, a veces (recuérdese que en ocasiones no presenta una clara de limitación con el dies") (546). Que la argumentación del profesor español sea, o no, adecuada para desvirtuar la de SOLAZZI, tal como éste la presentó, es una cuestión en la que no vamos a entrar aquí.

Advirtamos, sin embargo, que las consecuencias que cabría deducir de la observación del autor italiano no quedan desvirtuadas con lo manifestado por el profesor español. En efecto, sea cual sea el contenido semántico de la voz condicio en las fuentes jurídicas romanas --a él se hará referencia más adelante y en su plurivocidad hay que coincidir, desde luego, con CALONGE-- conviene tener en cuenta que el recurso a la condición no está necesariamente determinado por la mención de ninguna condicio en el texto del = manuscrito veronés --y sobre este extremo se insistirá más adelante-- sino que es consecuencia de las in-

interpretaciones que proponen los romanistas modernos * para explicar, recurriendo a la terminología del léxico técnico-jurídico actual, y aun a los conceptos propios de la dogmática moderna, el mecanismo jurídico que * permita la calificación de que Gayo nos informa para el convenio que se nos describe en el manuscrito veronés.

Por otro lado, aun cuando la palabra latina condicio podría ser indiscutiblemente apta para designar una cláusula por virtud de la cual se hiciera depender de la verificación de un acontecimiento futuro e incierto la naturaleza del negocio realizado --y en ésto hay que coincidir con CALONGE-- , en el caso de que la palabra condicio se empleara en ese sentido, = no podría traducirse como "condición" --y en esto = hay que seguir la línea que se desprende de la observación de SOLAZZI-- . La palabra española "condición" tiene --igual que "condizione", "Bedingung", o la misma inglesa "condition" de valor más amplio-- un significado técnico muy preciso en la terminología jurídica actual y para evitar equívocos innecesarios no parece lícito atribuirle el amplio y no bien discriminado = contenido semántico de la voz latina condicio, que = ninguna de sus traducciones actuales abarca por completo por sí sola.

Cuando se dice en los recientes estudios sobre Gayo, 3,146, que el arrendamiento o la compraventa allí considerados deben entenderse sometidos, o no, a una condición, no puede haber duda de que se está atribuyendo a esta palabra su significado técnico jurídico actual, es decir, de que se está hablando de un elemento accidental del negocio jurídico, con las características que la ciencia jurídica actual le atribuye. No se discute aquí que la palabra condicio tenga un significado más amplio, pero la investigación romanística no podría limitarse a constatar que en ^{un} supuesto determinado opera una condicio, sin explicar las peculiaridades de la eficacia de esa condicio, cuando ésta no coincida con el normal y corriente de "condición". Y es evidente, como puede deducirse de la observación de SOLAZZI que la operatividad propia de esa hipotética condicio que afecta a los contratos de compraventa o arrendamiento en el caso de los gladiadores, no coincide con la operatividad que es propia de lo que de una manera indiscutida se entiende por "condición" en la terminología jurídica con que opera la ciencia actual.

En otras palabras, se coincide aquí con CALONGE en que "no es posible ... partir de un concepto apriorístico de condicio", sobre todo teniendo en cuen

ta su significado extremadamente equívoco. Pero, precisamente, por razón del amplio contenido semántico que dicha palabra abarca, se defiende también aquí que no es posible identificarla = automáticamente con el término actual de "condición" que, por tener un significado técnico muy preciso, no abarca un contenido semántico tan amplio como el de la palabra latina que parcialmente traduce, por lo que se impone, en cada caso en que = dicho término aparezca en las fuentes romanas, un análisis de su verdadero significado y de su auténtico contenido, a fin de poder individualizar su función con el término que resulte más adecuado entre los que nos ofrece el amplio repertorio de la = actual terminología técnico-jurídica.

Desde esta perspectiva cabe afirmar que no podría hablarse de condición en este caso, aun cuando las fuentes afirmaran claramente la incidencia directa en él de la eficacia propia de una condicio. Mas, ni siquiera esto sucede --como se = tratará de demostrar en las páginas que siguen-- y la construcción condicional del negocio es sólo fruto de la intuición de los autores que la propugnan.

La aguda observación de SOLAZZI constituye una afirmación totalmente indiscutible desde un punto

de vista dogmático y como afirmación abstracta, y con este carácter se acepta plenamente en esta tesis; pero ella no puede oponerse como objeción a la operatividad de un mecanismo condicional en el caso contemplado en Gayo, 3, 146 y ello porque esa objeción descansa en dos equívocos. Uno de ellos consiste en considerar condicional el negocio en su conjunto y no cada uno de los contratos que la jurisprudencia apreció como existentes en él; el otro deriva de la equivocidad no sólo de la palabra condicio, sino de la misma voz "condición".

Comencemos por éste último. Como consecuencia de esa equivocidad, los esfuerzos de SOLAZZI y de CALONGE encaminados a demostrar el carácter único y no = doble de la condición no resultan convincentes. Ciertamente, el acontecimiento que actuaría como condición = sería único y no doble y una de las dos posibilidades que se prevén (la muerte-lisiamiento o la salida de los gladiadores indemnes) ha de producirse en todo caso. Pero de ahí no puede deducirse que las partes prevean dos acontecimientos correspondientes a la condicio extans y a la condicio deficiens, como hace SOLAZZI. Conviene distinguir bien lo que puede significar condición. Esta palabra se emplea en sentido técnico-jurídico para designar dos cosas distintas; el supuesto

de hecho, o hecho-condición, del que se hace depender la eficacia del negocio; y la cláusula misma del negocio jurídico por la que se hace depender la eficacia de este negocio de la contingencia de que se produzca o no ese supuesto de hecho o hecho-condición (547).

La palabra condición sirve para designar tanto a la condición como hecho, cuanto a la condición como cláusula. Desde esta perspectiva, las observaciones de SOLAZZI y de CALONGE sobre el carácter único y no doble de la condición supuestamente operante en Gayo, 3,146 son plenamente acertadas, pero sólo son referidas al supuesto de hecho o hecho-condición; no lo han de ser necesariamente, referidas a la condición como cláusula del negocio jurídico. Y nada se opone a que en varios negocios se inserten respectivamente varias cláusulas condicionales concebidas cada una de ellas en términos tales el acontecimiento que en uno de ellos actúe como condicio extans, actúe en el otro como condicio deficiens, y viceversa. En semejante construcción habría que distinguir el hecho-condición, que sería único y las condiciones-cláusulas, que serían tantas como negocios jurídicos existentes (548). Y si la frustración de la condición de un negocio implica el cumplimiento de la condición a que está sometido el otro, el resultado vendrá a ser el mismo que critica SOLAZZI:



que la condición determinará en definitiva la naturaleza del negocio realizado. Pero esto sólo será en definitiva y como consecuencia de haber desplegado cada una de las condiciones existentes la eficacia que es propia del mecanismo condicional; y, además, esto sólo podrá afirmarse considerando como un negocio único el conjunto de contratos realizados.

Y éste es, precisamente, el otro equívoco en que descansa la objeción de SOLAZZI: en considerar condicional el negocio en su conjunto, es decir el convenio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos, en lugar de considerar condicionales el arrendamiento o la compraventa en que la jurisprudencia desmenuzó ese convenio. Porque, si se pretende afirmar que lo que es condicional es el convenio, o sea, el negocio en su conjunto, hay que reconocer que SOLAZZI tiene toda la razón. Una cláusula de la que se hiciera depender la naturaleza del negocio celebrado no es una condición. Pero nadie más que SOLAZZI ha afirmado eso. Lo que se ha venido afirmando por los diferentes autores que se han pronunciado a favor del carácter condicional de Gayo, 3,146 es el carácter condicional de uno o de los dos contratos de arrendamiento y de compraventa que la jurisprudencia apreció en él (549).

La misma expresión empleada en el manuscrito veronés es incompatible con la interpretación de SOLAZZI. Allí se dice sub condicione facta cuiusque venditione an locatione. No se habla de ninguna condición que afecte al negocio en su conjunto, sino de una condición que afectaría a cada uno de los contratos en que la jurisprudencia desmenuzó aquél.

Por eso, si se quiere dotar a la calificación = que se nos tramitte en Gayo, 3,146 de una construcción = condicional, la más adecuada es la propuesta por BESELER: dos negocios distintos sometidos a condiciones apuestas. El hecho-condición sería único (muerte lisiamiento, o no), pero las cláusulas destinadas a dejar en suspense la eficacia de un negocio jurídico serían dos: una en el arrendamiento y otra en la compraventa. El mismo hecho, la = muerte-lisiamiento operaría como condicio extans de la compraventa y condicio deficiens del arrendamiento y la salida de los gladiadores indemnes, de modo contrario en cada uno de ambos contratos. Pero de este modo la condición no determinaría la naturaleza del negocio más que de un modo indirecto, pues en rigor se limitaría a desplegar la eficacia que le es propia: determinaría la entrada en vigor o el cese de cada uno de los contratos a que había sido añadida. Y, sin embargo, podría decirse que la cosa había sido vendida o arrendada bajo condición. En realidad la naturaleza del negocio dependería así del cumplimiento de una condición, pero entendida ésta en el sentido de

"hecho-condición", y no en el sentido de condición como = cláusula y sólo a la operatividad de ésta última es a la que puede dirigirse válidamente la objeción de SOLAZZI.

De este modo, la objeción dogmática puesta por SOLAZZI a la operatividad de una condición en la calificación que la jurisprudencia aplicó al convenio de los gladiadores, no parece que pueda ser determinante de una postura a tomar frente al problema, si lo que se considera = condicional es cada uno de los dos contratos o ambos, que es lo que han afirmado todos los autores partidarios de una construcción condicional en nuestro caso.

Sin embargo, más apropiadas que las interpretaciones que tratan de explicar la calificación como condicional, parecen aquellas otras que, como la de KRUECKMANN (550), niegan que el supuesto se relacione con la teoría de las condiciones, o como las de ARANGIO-RUIZ (551) o THOMAS (552), no aprecian en él más que una pura analogía con el mecanismo condicional.

2.2.- Consideraciones textuales

Sin embargo, para una exégesis aceptable de Gayo, 3,146 no podemos contentarnos con las consideraciones = puramente doctrinales y dogmáticas que podemos encontrar en las reflexiones que preceden. Hemos de indagar también con especial ahínco si el fragmento nos ofrece, o no, una

base textual suficiente para poder deducir de ella la existencia y la operatividad en el supuesto que él contiene de una o varias condiciones,

Como ya se ha dicho con anterioridad, a la hora de estudiar el problema de la condición en el caso de los gladiadores no puede prescindirse del tenor literal del manuscrito veronés. En él se contienen dos alusiones a la operatividad de una condición. Ambas se encuentran en la segunda parte del fragmento, destinada a explicar o ilustrar la calificación dada por la jurisprudencia al convenio descrito en la primera parte del texto. Ofrecen por ello un interés excepcional, tanto si proceden personalmente de Gayo, como si formaban parte originariamente de una opinión jurisprudencial que él se limitara a transmitirnos (553). Por otro lado, debe advertirse que toda la explicación que se nos ofrece en el fragmento para la calificación de que en él se nos da noticia, descansa en la operatividad de las condiciones. Así, tras informar al lector de cuál fué la calificación que prevaleció en la opinión de la jurisprudencia romana, nos dice el texto veronés:

"... idque ex accidentibus apparet, =
tamquam sub condicione facta cuiusque =
venditione an locatione. Ian enim non du-

bitatur, quin sub conditione res venire =
aut locari possint".

La importancia de la teoría de las condiciones para la comprensión del problema planteado en el caso ha de ser, pues, grande, ya que toda la explicación de la solución que la jurisprudencia dió al mismo descansa en la operatividad propia de ellas y a ellas se alude en todas las frases que forman parte de la explicación que se nos proporciona en la calificación jurisprudencial. Sin embargo, esta importancia que la jurisprudencia romana o Gayo dieron a la operatividad propia del mecanismo condicional no debe ofuscar al intérprete, ni hacerle ir más allá de lo que dice el propio texto, ni de lo que permite un análisis objetivo de la relación sustantiva que en él se nos expone. Porque, por grande que sea la importancia del mecanismo mencionado, en el propio texto gayano se excluye = implícitamente la operatividad directa del mismo en el supuesto contemplado. No se trata, en efecto, como decía = MASI (que, como se vió, se muestra partidario de la existencia aquí de una condición con eficacia retroactiva) de que resulte chocante que, descansando todo el secreto del texto en la eficacia retroactiva de la condición, Gayo ha ya pasado por alto u olvidado consignar éste extremo (554). Si fuera así, en el caso que un análisis de la relación estudiada impusiera la operatividad de una condición re-

troactiva, o no, no habría ningún inconveniente en aceptar su existencia. Pero la realidad es muy distinta. No hay en el texto de Gayo ningún silencio acerca de la incidencia de la operatividad de una condición en el caso de los gladiadores. Antes al contrario, el texto veronés es suficientemente explícito al respecto. La jurisprudencia romana clásica, sea a través de sus discusiones, sea a través de la intervención personal de Gayo, tomó en consideración la relación existente entre el caso de los gladiadores y la operatividad y mecanismo propios de las condiciones y excluyó a éstas de la operatividad propia del mecanismo de aquél. Por eso en el manuscrito veronés las referencias a la condición vienen introducidas por un tamquam suficientemente expresivo de la exclusión de la operatividad de una condición en el supuesto descrito. Parece indiscutible que la explícita afirmación de una analogía excluya la identidad; y ello es justamente lo que sucede en Gayo, 3,146. Allí se nos dice que de las contingencias del juego resultará celebrada una compraventa o un arrendamiento respecto de cada uno de los gladiadores y que esto ha de entenderse, como si se hubiera celebrado bajo condición. Si se entiende celebrada como si se hubiese celebrado bajo condición, quiere decir que no se ha celebrado bajo condición. Querrá decir también, sin duda, que tan importante analogía no debe perderse de vista, si se quiere llegar a

comprender bien en su exacto significado el mecanismo de la calificación que la jurisprudencia aplicó al supuesto que se nos describe en el fragmento; pero no parece lícito ir más allá en cuanto a la relación de ambos supuestos, contrariando el sentido, el contenido y la letra misma del texto.

El problema no es, pues, que el texto no ofrezca literalmente una base suficientemente explícita para apoyar la tesis de la operatividad de un mecanismo condicional en el caso de los gladiadores. Si el tenor del texto fuera así, no habría ningún inconveniente en aceptar dicha operatividad, siempre que ésta viniera impuesta por el análisis dogmático del mecanismo existente, como ya se dijo más arriba (555). Ya se ha visto que un análisis de ese tipo arroja un resultado contrario a dicha existencia y que las conclusiones de este análisis concuerdan plenamente con el tenor literal del texto a este respecto.

De este modo, la existencia de una o varias condiciones operantes en el caso de los gladiadores parece que debe excluirse tanto como consecuencia de un análisis dogmático de la naturaleza y eficacia del supuesto que "condidona" la calificación como arrendamiento o como compraventa, cuanto como consecuencia de la exégesis textual del propio Gayo, 3,146, en cuyo fragmento la misma juris-

prudencia romana excluye la existencia allí de una condición propiamente dicha al afirmar que sólo hay un mecanismo análogo que podrá ser todo lo importante que se quiera, pero que no es nada más que análogo.

Por otra parte, la importancia de esta analogía y la reiteración con que a ella se refiere el texto veronés, parecen hacer conveniente una precisión respecto de ella, esto es, considerar cuál es el significado exacto con que la palabra condicio se emplea allí en ambos casos, pues ella constituye, sin duda, uno de los ejemplos que más adecuadamente podrían aducirse para ilustrar la afirmación de KASER de que "la terminología jurídica de los romanos trasluzca aún una cierta elasticidad, que es ajena a nuestros sistemas, y, que, por ello, a veces se ha prestado a tergiversaciones" (556). El caso de la condicio, en efecto, nos ofrece un ejemplo claro en que, a pesar de los intentos jurisprudenciales para precisar su contenido aislando a la condición en sentido técnico de otras figuras semejantes, el término en cuestión mantiene su plurivocidad a lo largo de toda la historia del derecho romano.

Así, por ejemplo, y sin el propósito de llevar a cabo una enumeración exhaustiva, en Dig., 35,1,79,pr, y

1 se contrapone la condición al término, (por más que en Dig., 35, 1, 75 se especifique que el dies incertus constituye una condición); en Dig., 40, 4, 44 se trata de diferenciarla del modo (557).

Sin embargo, a pesar de estos intentos de deslindar el contenido semántico de la voz condicio del de otros términos con los cuales coincidía ya a pesar de los intentos de perfilar los límites de éste en su sentido técnico, la imprecisión y plurivocidad del término se mantienen constantemente a lo largo de toda la evolución histórica del derecho romano. No se trata de la pluralidad de acepciones de la palabra en su empleo en el lenguaje común, con las que también se utiliza en los textos jurídicos (558) y que abarca un campo tan amplio al menos como la palabra castellana "condición"; en el lenguaje técnico resulta también extremadamente rica, variada y equívoca en sus significados. "Condicio" sirve en la época clásica para referirse al modus (559); en la postclásica llega a significar "contrato, cláusula contractual" (560) y quizá hasta "sustitución fideicomisaria" (561) entre otras cosas (562).

Por ello y dadas las dificultades dogmáticas con que tropieza la operatividad de una condición en sentido técnico en Gayo, 3, 146 resulta conveniente, al menos, plantearse la cuestión del significado con que pueda utili-

zarse la palabra condicio las dos veces que ella es empleada en Gayo, 3, 146.

Más, a pesar de todo, el exacto significado de la condicio las dos veces que ella es empleada en el fragmento gayano que estamos estudiando, parece coincidir con su acepción técnica, esto es, parece significar "acontecimiento futuro y objetivamente incierto del que las partes hacen depender la eficacia del negocio". Ello parece desprenderse de la misma expresión gayana sub condicione facta, sub condicione ... veniri aut locari; y de que no hay otro significado que razonablemente pueda atribuirse a ambas expresiones y que sea más adecuado. Por otra parte, ello está en consonancia con el empleo que se hace de la palabra condicio en las Instituciones de Gayo. En ellas, donde se emplea este término con mucha más frecuencia que en las Reglas de Ulpiano y en las Sentencias de Paulo (por más = que se trate de textos de muy distinta índole), la palabra en cuestión aparece empleada casi siempre con bastante rigor jurídico. Referida a negocios jurídicos, una sola vez se emplea para significar "requisitos" (563) y todas las demás veces que ella se usa es siempre en sentido técnico, con el significado de elemento accidental del negocio jurídico, que hoy tiene en la terminología jurídica actual (564).

2.3.-La naturaleza de la referencia al resultado de los juegos. Consecuencias

Llegados a este punto y ~~excluida~~ por las razones que se han indicado la naturaleza condicional del acontecimiento constituido por el resultado de la lucha gladiatoria, hay que observar que, si bien algunos autores (565) han negado que él fuera constitutivo de una condición, no se ha propuesto por la doctrina ninguna otra calificación para el mismo, aparte de la condicional.

Sin embargo, parece momento de precisar la naturaleza que en esta tesis se atribuye a la cláusula que determina el alcance del resultado de los juegos en rela- = ción con el negocio celebrado, según los términos del convenio descrito en Gayo, 3, 146.

Aquí se sostiene que el hecho de que los gladiadores salgan vivos de los juegos a que se destinan, o = bien perezcan o resulten lisiados en ellos, lejos de congtituir el contenido de una condioión, no es sino el criterio fijado previamente por las partes, en el momento de realizar el convenio, para determinar el objeto de cada uno de los contratos realizados.

Ya se vió en el capítulo I cómo la calificación como arrendamiento del contrato realizado no ofrecía en sí

misma ninguna dificultad, ni originaba ningún problema. Lo contrario sucedía, según se ha visto, con la calificación como compraventa.

Prescindiendo ahora de otros problemas, como el del mecanismo jurídico que permitiera relacionar entre sí los dos extremos de la calificación gayana y que hiciera posible la doble calificación, el principal problema planteado por la calificación como compraventa en sí misma considerada, era el de la insuperable falta de idoneidad del cadáver humano para ser objeto de dicho negocio. Ya se ha visto sin embargo, en las páginas anteriores cómo en las fuentes romanas se alude con frecuencia a una institución --la aestimatio-- que viene calificada en ellas como emptio venditio, que puede tener por objeto esclavos y que despliega en todo caso toda su eficacia en atención y a raíz de la muerte de éstos. Se viene a admitir así en las fuentes romanas la = emptio-venditio del cadáver humano. Sin embargo esta = circunstancia no le atribuye en realidad la condición de cosa comerciable, porque, como se ha visto, la emptio venditio en que consiste la aestimatio no obedece a la causa típica normal de lo que la dogmática jurídica actual conoce con el nombre contrato de compraventa, sino que obedece a una finalidad indemnizatoria más próxima desde el punto de vista económico a la del contrato de

seguro. Se ha visto también cómo esta causa a que obedece la emptio-venditio en que consiste la aestimatio es = precisamente la que inspira la regulación de intereses que se lleva a cabo entre el lanista y el organizador de los juegos de que nos da noticia Gayo en 3,146. Por eso, una vez precisada la especial naturaleza y las especiales características de semejante emptio-venditio y el alcance de esta expresión tal como se ha hecho en las páginas anteriores, no se ve razón alguna para que haya de pensarse que los gladiadores muertos en los juegos no puedan considerarse idóneos para constituir el objeto de semejante negocio. Y, siendo esto así, nada se opone a que el objeto de la emptio-venditio contemplada sea determinado en atención del resultado de los juegos, del mismo modo que nada se opone a que los gladiadores que salgan de ellos ilesos sean determinados por el mismo procedimiento como objeto del contrato de arrendamiento que la jurisprudencia romana consideró como uno de los términos de la alternativa en la calificación del convenio de que nos da noticia el fragmento que estamos estudiando.

Hay que reconocer, sin embargo, que este procedimiento para la determinación del objeto de cada uno de los contratos ofrece una gran semejanza con el mecanismo correspondiente a la eficacia propia de una condi

ción. Ya se ha visto en las páginas anteriores cómo = existen razones dogmáticas para negar que el resultado de las contingencias del juego gladiatorio puede constituir una condición añadida por las partes al negocio, ya que su operatividad dentro de la mecánica negocial no corresponde, según la regulación de las partes, a la eficacia propia de una condición, porque la condición, por definición, despliega unos efectos propios, que no son los que está llamado a desempeñar en el negocio que = contemplamos el resultado de los juegos gladiatorios. Y en este sentido debe resultarnos indiferente el que SOLAZZI creyera seriamente que el texto de Gayo, impusiera la operatividad de una condición (o de una condicio) con tan peculiares efectos, porque ya hemos visto que al hablar expresamente de analogía con el mecanismo condicional, el propio texto excluye la existencia de una condición en el supuesto. Ello, sin embargo, no es obstáculo para reconocer que en el texto existe una cierta analogía entre la eficacia propia de una condición y la = que debe desplegar, con arreglo a los términos del convenio, la cláusula en la que las partes establecen el = criterio para determinar el objeto del contrato realizado respecto de cada gladiador. Por lo demás, el reconocimiento de esta analogía se ajusta plenamente al tenor literal del manuscrito veronés, en el que, como se ha = visto, ella es explícitamente afirmada.

En efecto, descomponiendo el negocio en los dos términos de la alternativa que contiene, hay que observar que en el caso de que los gladiadores mueran o resulten lisiados, el arrendamiento no llegaría^a a desplegar ningún efecto; en cambio, en el caso de^{que} los gladiadores salgan ilesos de los juegos, será la compraventa la que no llegará a desplegar ninguna eficacia. De este modo, el resultado de un acontecimiento futuro e incierto vendría a producir sobre la existencia del negocio celebrado respecto de cada gladiador unos efectos semejantes a los que serían propios de una condición que gravase sobre cada uno de ellos. Puede decirse, en efecto que la eficacia de cada una de las calificaciones del negocio depende de un acontecimiento futuro e incierto. Sin embargo, si bien se mira, la cláusula por la que esto se determina tiene un alcance que afecta mucho más a la misma estructura esencial del negocio realizado de lo que pudiera afectarle la existencia de un elemento accidental como es la condición. Las consecuencias del resultado de la lucha gladiatoria inciden sobre los mismos elementos esenciales del negocio (566), que no pueden ser modificados por los elementos accidentales, entre los que se encuentra la condición. El resultado de la lucha gladiatoria no incidirá directamente sobre la eficacia de cada

uno de los negocios, sino sólo indirectamente a través = de la existencia o inexistencia de su objeto, que es lo que realmente se hace depender de ella. Naturalmente, si ninguno de los gladiadores muere o ninguno resulta lisiados, la compraventa considerada no producirá ningún efecto, pero ello no será por la frustración de una condición a que hubiera estado sometida dicha compraventa, si no por inexistencia del objeto sobre el que las partes quieren que recaiga dicha compraventa. Las partes quieren lo que se califica por la jurisprudencia como una emptio-venditio solamente respecto de los gladiadores = que resultan muertos o lisiados. Pero si ninguno de ellos resulta muerto ni lesionado, la cosa que constituye el objeto del contrato no existe y, por consiguiente, la emptio-venditio no puede producir ningún efecto. Ello = sucede no por la frustración de ninguna condición, sino = sencillamente porque la prestación es imposible ya que = carece de objeto y, en palabras de Pomponio neo emptio neo venditio sine re quae veneat potest intellegi (Dig., 18,1,8,pr.). Lo mismo sucedería con el arrendamiento en el caso de que todos los gladiadores resultaran muertos o lisiados. De otro lado y por definición, los llamados ^{del negocio} elementos accidentales/pueden ser introducidos libremente en él por las partes, mientras que en el caso que nosotros contemplamos la cláusula en que se determinan las

consecuencias que deberá producir en el negocio realizado el resultado de los juegos gladiatorios resulta = totalmente necesaria dada la estructura del convenio, ya que de otro modo no se podría determinar respecto = de qué objeto quieren las partes la regulación calificada como arrendamiento o la calificada como compraventa.

Así pues, una analogía con el mecanismo condicional existe en el caso de los gladiadores y además es puesta de relieve, como ya se ha visto, en el manuscrito veronés. Un primer aspecto, aunque no el único --más adelante se insistirá sobre otros-- de la analogía mencionada puede verse en la nota de incertidumbre sobre la diferente eficacia del negocio, determinada por la misma nota de incertidumbre que afecta a la existencia del objeto de cada uno de los contratos contemplados. En efecto, considerando la cuestión en abstracto, tanto cabe que ningún gladiador llegue a = resultar muerto o lesionado, como que ninguno llegue a salir ileso de los juegos. De este modo el hecho de que el arrendamiento o la compraventa lleguen a existir se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto (aunque ello se deba a que de ese acontecimiento futuro e incierto se hace depender la existencia de su objeto).

Desde esta perspectiva cabe considerar también la existencia de una analogía entre el supuesto contemplado en Gayo 3,146 y el caso de la emptio rei speratae, en cuanto que en ambos casos la existencia del contrato de compraventa depende de la existencia = futura e incierta/^{de} su objeto y, si éste no llega a existir, naturalmente la compraventa no produce ningún efecto. Por eso también en el caso de la emptio rei speratae un sector de la doctrina ha sostenido el carácter condicional del negocio (567). No vamos a entrar ahora en la interesante problemática de este tipo de compraventa. Ya se ha expuesto el punto de vista que aquí se sostiene para el caso de los gladiadores y los argumentos que se han empleado a propósito de él podrían aplicarse también al caso de la emptio rei seperatae.

3.- Interpretación del mecanismo jurídico de la calificación jurisprudencial

Después de los razonamientos contenidos en las páginas que anteceden, disponemos ya de los elementos necesarios para exponer la interpretación que se ofrece en esta tesis respecto del mecanismo jurídico que explique la calificación jurisprudencial de que nos informa el fragmento 446 del libro III de las Instituciones de Gayo.

Ante la ausencia de problemas en la calificación como arrendamiento y disipadas las dificultades = que ofrecía la calificación como compraventa en sí misma considerada podemos, pues, pasar a analizar el problema planteado por la calificación en su conjunto, esto es, el problema de la doble calificación del convenio que se nos describe en el texto.

Como se dijo, esta doble calificación es también fuente de perplejidad para el estudioso y ya se han visto (568) las múltiples interpretaciones que, basadas en un mecanismo o en otro, se han propuesto por los autores para explicar la operatividad de los dos términos de la alternativa gayana.

Sin embargo, el carácter extraño y complicado de ésta quizá no sea más que aparente. La calificación jurisprudencial se adapta perfectamente a los términos del convenio celebrado por las partes, según la información que nos proporciona Gayo en el fragmento que estamos estudiando, y que fué sometido a la jurisprudencia para su calificación. Ya veremos cómo los términos de este convenio son también perfectamente explicables, y cómo quizá la que la fría alternativa gayana entre arrendamiento o compraventa pueda tener de sorprendente quizá se deba, más que a otra cosa, al sentido mismo del negocio considerado en su conjunto

y a la circunstancia de que se prescindía para su realización de los medios jurídicos ya existentes, a través de los cuales hubiera podido conseguirse la finalidad perseguida. Pero la calificación considerada en sí misma y considerada tal como se presenta en el manuscrito veronés no podía ser otra, ni plantearse de modo distinto, si se quería otorgar eficacia jurídica al convenio celebrado por el lanista y el organizador de los juegos, privados, respetando sus términos y contando con las limitaciones impuestas por el sistema contractual romano clásico.

En efecto, lo que las partes pretenden es que el lanista proporcione al organizador de los juegos los gladiadores necesarios para la realización de la lucha. Pretenden también que, a cambio de esto, el organizador de los juegos pague al lanista una cantidad determinada (20 denarios) por la actuación de ellos --pro sudore-- y además que aquél asuma el riesgo de la muerte o lisiamiento de los gladiadores que resulten inutilizados en los juegos. Naturalmente, esta última finalidad se consigue obligándose el organizador de los juegos a pagar al lanista por cada uno de los gladiadores que resulten muertos o debilitati una cantidad más elevada (1000 denarios), que, como

hemos visto, corresponde al valor establecido por el Senadoconsulto de sumptibus ludorum gladiatorum minuentis para una determinada clase de gladiadores.

Persiguiendo esta finalidad, el lanista y el organizador de los juegos desean en todo caso celebrar un negocio respecto de cada gladiador, pero establecen alternativamente una regulación de intereses distinta según que los gladiadores resulten ilesos o bien resulten muertos o lesionados en los juegos. Es decir, con una voluntad jurídicamente relevante, las partes quieren una determinada regulación de sus intereses que tiene por objeto a los gladiadores qui integri exierint y otra regulación distinta, pero también determinada que tiene por objeto a los gladiadores qui mortui aut debilitati fuerint.

La primera regulación de intereses coincide con la causa propia del contrato de arrendamiento, y la jurisprudencia califica esta regulación de intereses como una locatio-conductio. La segunda obedece a la finalidad de proporcionar al lanista una indemnización por la pérdida que supone para él (ya que no es imputable al organizador de los juegos) el perecimiento o deterioro de la cosa. Y, como hemos visto, la finalidad de proporcionar al tradens una indemnización por el perecimiento o deterioro de la cosa entregada, aun en los casos en que este perecimiento o deterioro no sea imputable al accipiens, mediante la asunción convencional por parte de

éste de la obligación de devolver la cosa entregada ínte-gra o el valor previamente convenido de la misma, es una finalidad ampliamente protegida en el ordenamiento jurí-dico romano y calificada en él como emptio-venditio a través de la aestimatio, que, además, no supone necesar-riamente la naturaleza comerciable de la res empta ven-dita. Por eso, la jurisprudencia romana pudo calificar = la regulación de intereses convenida por las partes res-pecto de los gladiadores muertos o debilitati como una = emptio-venditio.

Ahora bien, si la jurisprudencia romana clási-ca distinguió en el negocio realizado entre el lanista y el organizador de los juegos la existencia de dos contra-tos distintos correspondientes cada uno de ellos a la re-gulación de intereses acordada por las partes para los = casos de que los gladiadores salieran de los juegos ile-sos, o de que salieran de ellos muertos o debilitati; = y, si la jurisprudencia romana pudo calificar y, según nos informa Gayo, calificó a cada uno de esos contratos como un arrendamiento y como una compraventa (o si se = prefiere, como una emptio-venditio) respectivamente, he-mos de considerar ahora la relación existente entre am-bos contratos, según los términos de la calificación que Gayo nos transmite, o dicho en otras palabras, por virtud de qué mecanismo jurídico se encuentran relacionados los

dos términos de la alternativa gayana.

Sin embargo, este aspecto de la calificación no puede ser más sencillo y en esta tesis se sostiene que en realidad ambos contratos no se encuentran relacionados entre sí por ningún medio propio de la técnica jurídica, sino sólo por un común origen en la voluntad contractual y por el carácter sustancialmente unitario del negocio celebrado por las partes, pero no puede afirmarse la existencia de ningún mecanismo jurídico especial que transforme un negocio en otro, o por virtud del cual se haga depender un negocio del otro, o que relacione de un modo técnico jurídico un negocio con otro.

En efecto, si hemos de atenernos a los términos del texto (y esto parece un extremo indiscutible) hemos de partir del presupuesto de que la jurisprudencia romana desmenuzó el negocio que estamos estudiando en dos contratos distintos, calificados, uno como arrendamiento y otro como compraventa. Con ello no perdió de vista la sustancial unicidad del negocio realizado, como se pone de relieve a raíz de la circunstancia de que no prescindió de ella al valorar la causa de cada uno de dichos contratos, causa = que no puede considerarse aisladamente, pues sólo tiene = sentido considerando el negocio en su conjunto. El carácter sustancialmente unitario del negocio no se ve afecta-

do por dicha calificación, pero si hemos de atenernos al texto, sólo podemos considerar es este momento los dos = extremos de la alternativa a que la jurisprudencia redujo las posibilidades de la calificación. Y desde esta perspectiva la calificación jurisprudencial no ofrece ningún problema.

Hemos visto cómo las partes quieren y establecen una regulación de intereses respecto de los gladiadores que salgan de los juegos integri, que es calificada por la jurisprudencia como arrendamiento. Hemos visto = también cómo al mismo tiempo las partes quieren y establecen respecto de los gladiadores que resulten muertos o debilitati una regulación que es calificada como emptio venditio. Se ha visto también cómo y por qué en esta tesis se sostiene que el resultado final de las contingencias del juego gladiatorio no constituye el supuesto de ningún hecho-condición, sino la cláusula en la que se establece el criterio para determinar el objeto del contrato, ya que mediante esa cláusula se determina respecto de qué gladiadores (qui integri exierint) quieren las partes lo que se califica como arrendamiento y respecto de qué gladiadores (qui mortui aut debilitati fuerint) quieren lo que se califica de compraventa.

Desde esta perspectiva, la doble calificación gayana no ofrece ninguna dificultad y no es preciso recurrir a ningún complicado mecanismo que la haga posible. Según ella, en el caso de los gladiadores la jurisprudencia romana apreció la existencia de un contrato de arrendamiento puro cuyo objeto estaría constituido por los gladiadores que salieran indemnes de los juegos y simultáneamente apreció la existencia de otro contrato de compraventa, también puro, cuyo objeto estaría constituido por los gladiadores que peraciesen o resultaran lisiados como consecuencia de la lucha. Apreció, en suma, la existencia de dos contratos puros, cada uno con un objeto distinto. Ambas calificaciones son posibles para las regulaciones de intereses previstas por las partes y con ellas se consigue la finalidad que las partes pretenden. Así, el problema queda resuelto.

Desde la perspectiva de la doble calificación, que nos viene impuesta por el texto mismo, y que, en este sentido, no podemos eludir, la existencia de dos negocios puros, en los términos que se acaban de indicar, es, además, la interpretación que se adapta exactamente al tenor del convenio celebrado por las partes, al menos en los términos en que éste nos viene transmitido por el manuscrito veronés.

Sin embargo, la existencia en el caso de los =
gladiadores de dos negocios puros, en los términos que =
se acaba de exponer, ha sido oscurecida por el carácter
futuro, e incierto en su resultado, del acontecimiento =
cuyas consecuencias sirven para determinar el objeto de
cada uno de los dos contratos que la jurisprudencia apre-
ció en el convenio que estamos estudiando. Es sólo la no
ta de futuridad e incertidumbre la que ha involucrado la
consideración condicional del negocio. Pero ello no debe
llevarnos a la confusión. Si el hecho que sirve para de-
terminar la existencia del objeto de cada contrato no fue-
ra futuro e incierto, sino pasado y conocido, no se ape-
laría ciertamente a la construcción condicional, y, sin
embargo, la cláusula en que se determinara el objeto del
contrato sería tan necesaria como lo es en el caso que
nos expone Gayo en 3,146, (569). Sin embargo, para el =
análisis de este supuesto no puede prescindirse de la =
circunstancia de que el criterio que sirve para de-
terminar el objeto de cada uno de los contratos es un =
acontecimiento futuro y de resultado incierto, como son
las contingencias del juego gladiatorio. Naturalmente,
de este extremo no deriva ninguna dificultad para la con-
sideración del negocio como puro. Sin embargo, ya se ha
puesto de relieve en las páginas anteriores (570) que la
circunstancia de que este hecho sea futuro e incierto y
de que de él dependa la existencia o inexistencia de ca-

da uno de los contratos de arrendamiento o de compraventa, provoca una cierta analogía entre la operatividad propia = de esta cláusula y la del mecanismo condicional. Con todo, aún hemos de ver otros aspectos y otras consecuencias de = esa analogía.

En efecto, si el criterio que se establece para determinar el objeto de cada uno de los contratos celebrados no es sino el resultado de un acontecimiento futuro e incierto, no podrá decirse, hasta que ese acontecimiento = tenga lugar que existe un arrendamiento o una compraventa. Así, mientras no se conozca el resultado de los juegos, no podrá decirse que el lanista y el organizador de los juegos han celebrado un arrendamiento o han celebrado una compraventa, porque cada uno de estos contratos tiene por objeto respectivamente a los gladiadores que salgan ilesos de los juegos y a los que resulten muertos o lesionados en = ellos. De este modo, mientras los juegos no se celebren, = no puede decirse que exista el objeto de ninguno de ambos contratos y, por consiguiente, no puede decirse que exista ninguno de ambos contratos. Sólo cuando pueda decirse que algún gladiador ha resultado muerto en el juego podrá decirse que el contrato de compraventa tiene un objeto y, = por tanto, que existe y que desplegará su eficacia; y sólo cuando pueda decirse que algún gladiador ha salido ileso = de la lucha gladiatoria, podrá decirse que existe el obje-

to del contrato de arrendamiento y, por tanto, que éste = existe y que desplegará su eficacia. De este modo, puede afirmarse que la existencia de un contrato de arrendamiento o de un contrato de compraventa depende de las contingencias del juego gladiatorio, porque de las contingencias del juego gladiatorio depende la existencia de su objeto y, por consiguiente, la integración del contrato en todos sus elementos esenciales, sin los cuales no puede decirse que éste exista, ya que la falta de objeto tanto en el arrendamiento, como en la compraventa, provoca la nulidad del contrato, es decir, su inexistencia. Pero, esto es, precisamente, lo que nos dice el manuscrito veronés, que la jurisprudentia calificó el negocio como arrendamiento o como == compraventa, y que una calificación u otra dependen de las contingencias del juego gladiatorio, o si se prefiere, que locationem et conductionem contractam videri ... emptionem et venditionem esse: idque ex accidentibus apparet. De este modo, la existencia del arrendamiento y la existencia = de la compraventa quedan sometidas a una situación de pendencia muy semejante a la que es propia de los negocios == condicionados, al menos durante la época clásica (571). = Respecto de ambos contratos puede decirse, de acuerdo con la terminología romana clásica, que negotium pendet. Aún no puede hablarse de la existencia de un negocio que despliegue su eficacia. Aún no ha nacido ninguna obligación; sólo hay una spes debitum iri. Ciertamente, todo ello podría decirse (al menos en la época clásica) si la eficacia del ne

gocio hubiera estado sometida al cumplimiento de alguna =
condición. Por eso el manuscrito veronés añade a continua-
ción; tamquam sub condicione facta cuiusque venditione an
locatione. De este modo, mientras el resultado del aconte-
cimiento futuro e incierto que constituye el criterio es-
tablecido para determinar el objeto de cada uno de los ==
contratos no ponga fin a la situación de pendencia en que
se encuentra el negocio, no puede afirmarse que ningún ==
contrato exista, ni, por consiguiente, que haya ningún ==
contrato que despliegue su eficacia, tal como (tamquam) =
sucedería, si cada uno de los contratos se hubiera sometido
a condición.

Naturalmente, esta situación de pendencia, que
subsiste mientras no se conozca el final resultado de los
juegos y durante la cual no puede considerarse eficaz nin-
guno de los dos contratos contemplados, ya que, mientras
tanto, ambos carecen de objeto, determina la solución que
haya de darse a otro de los problemas que puede suscitar
el texto: el del medio procesal adecuado para proteger ==
los intereses de las partes durante el lapso de tiempo ==
que transcurre entre la realización de la traditio y el =
momento en que pueda conocerse el resultado final de los
juegos gladiatorios.

Ya se ha visto (572) cómo es ésta una de las =
cuestiones que han atraído la atención de la doctrina y =

ha provocado en ella opiniones encontradas, aunque, a decir verdad, las opiniones manifestadas por los autores == que se han pronunciado sobre este punto y las posiciones que respecto de él cabría deducir de la interpretación de otros sobre el mecanismo jurídico operante en el caso que nos ocupa, ofrecen un panorama abrumadoramente mayoritario, que permite afirmar que de una manera prácticamente unánime la doctrina ha consagrado ya el medio procesal de protección de los intereses del organizador de los juegos para el periodo en que aún no se conozca el resultado de éstos. En efecto, a excepción de BESELER (573), que, = seguido por MAYER-MALY (574), se muestra partidario de la protección mediante una actio in factum, el resto de la = doctrina que ha intervenido en la discusión suscitada en torno a este punto, se ha inclinado por la concesión ab initio de la actio conducti; y no parece aventurado afirmar que esta solución ha de ser aceptada también por los autores que, sin haber intervenido en la polémica suscitada en torno a este punto concreto, han interpretado la relación existente entre el lanista y el organizador de los juegos sobre la base de la existencia ab initio de un contrato de arrendamiento plenamente eficaz, que, de un modo u otro, se transforme ex accidentibus, en un contrato de = compraventa que despliegue sus efectos solamente a partir del momento en que se conozca el resultado de los juegos.

Sin embargo, la concesión al organizador de los

juegos, antes de que se conozca el resultado de la lucha, de la actio conducti (como la concesión al lanista de la actio locati, o también la de la actio empti o venditi, = respectivamente, extremos éstos últimos que no han sido = sostenidos expresamente por ningún autor) implica necesariamente la existencia de un contrato de arrendamiento == eficaz durante la situación de pendencia, aunque ello se niegue explícitamente por alguno de los autores que propugnan la concesión de este medio de protección procesal = (575). Mas, ¿cómo podría concederse una acción de arrendamiento para proteger una relación negocial que no pudiera calificarse como arrendamiento? La concesión de la actio conducti al organizador de los juegos antes de que se conozca el resultado de éstos sólo es compatible con la existencia de un contrato de arrendamiento plenamente eficaz. Por eso los autores que propugnan una construcción semejante no pueden propiciar otro medio procesal distinto durante el lapso de tiempo que transcurre entre la celebración de la traditio y la de los juegos. Pero, propugnar = la concesión de este medio de protección procesal y pronunciarse contra la configuración del negocio como un == arrendamiento que, por virtud de un pactum adiectum pueda transformarse en una compraventa, es algo totalmente incongruente. Y de este defecto adolecen las posiciones analizadas al principio (576) de PRICHARD, THOMAS y ARANGIO-RUIZ.

Por eso, negándose, como se niega en esta tesis, el presupuesto que, de modo necesario (se exponga o no explícitamente), puede justificar la concesión de dicho medio procesal, se impone también negar su procedencia en este supuesto.

En efecto, la concesión de la actio conducti sólo puede ser la consecuencia de la existencia de un contrato de arrendamiento eficaz. Pero, si, como se ha tratado de demostrar en las páginas anteriores, un contrato de arrendamiento eficaz sólo existe en el caso de los gladiadores a partir del momento en que se conozca el resultado de la lucha, sólo a partir de ese momento puede pensarse en la concesión de la actio conducti. Mientras no se conozca el resultado de los juegos, el contrato de arrendamiento y el contrato de compraventa se encuentran en una situación de pendencia, que deriva de la incertidumbre en cuanto a la existencia de su objeto. Si el negocio se hubiera concebido en tales términos que todos los gladiadores fueran objeto ab initio de un contrato de arrendamiento y sólo los muertos o debilitati fueran, además, o por razón de esta circunstancia, objeto de un contrato de compraventa, la concesión de la actio conducti no ofrecería ningún problema. Pero el negocio está concebido en otros términos, de modo que sólo hay arrendamiento respecto de los gladiadores que salgan integri de los juegos; los que salgan de ellos muertos o debilitati sólo constituyen el objeto de

un contrato de compraventa y nunca el de un contrato de arrendamiento. De este modo, conceder antes de conocer el resultado de los juegos, la actio conducti significa proteger mediante la acción de arrendamiento los intereses de un eventual comprador, que en modo alguno puede considerarse como arrendatario, ya que no puede excluirse la posibilidad de que los gladiadores entregados mueran o resulten lisiados en la lucha y de este modo nunca llegue a desplegar ninguna eficacia el contrato de arrendamiento por carecer de objeto. Naturalmente, por las mismas razones, resultaría inaceptable la concesión de las acciones derivadas de la compraventa, durante el periodo de pendencia.

Ya se ha dicho antes en esta tesis que un análisis de la emptio venditio y de la locatio conductio = contempladas y una intuición elemental de los intereses de las partes y de los medios más adecuados para su protección inclinan a conceder una prioridad al contrato de arrendamiento sobre el de compraventa. Sin embargo, esa prioridad no existe ni en la manifestación de voluntad de las partes, ni en los términos de la calificación jurisprudencial romana, que se ajusta perfectamente a la declaración del lanista y del organizador de los juegos, tal como nos la describe Gayo. Naturalmente, si la mayoría de los especialistas modernos y probablemente = también si la mayoría de los jurisconsultos romanos se = hubieran enfrentado con el problema de buscar el cauce

jurídico más adecuado para proteger y encauzar los intereses del lanista y del organizador de los juegos, habrían = recurrido a una configuración del negocio distinta de la = que nos ofrece el manuscrito veronés. Pero no es ésta nuestra misión, sino la de desentrañar los problemas y el sentido de un negocio cuya calificación y cuyos términos nos vienen impuestos y de los que no nos podemos apartar.

Y en los términos en que está concebido el caso de los gladiadores y, si, como aquí se sostiene, la jurisprudencia romana apreció en él la existencia de dos contratos puros, cada uno de los cuales tuviera por objeto unos = gladiadores distintos y cada uno de los cuales estuviera pendiente de que su objeto llegara a existir, no puede afirmar se la prioridad de un contrato sobre otro, ni la existencia de ninguno de ellos hasta que su objeto exista. Y por eso, porque mientras tanto los dos negocios son ineficaces por = falta de objeto, no puede concederse durante el periodo de pendencia la acción que deriva de ninguno de los dos contratos.

En estas condiciones la única protección con que podrían contar el lanista y el organizador de los juegos para amparar aquellos de sus intereses que pudieran resultar eventualmente lesionados durante el periodo de pendencia de ambos contratos, sería la que el pretor decidiera concederles al margen del ius civile.

De este modo, la concesión de una actio in factum que proponía BESELER como medio más adecuado para proteger esos intereses no se presenta como el fácil recurso que parecía denunciar PRICHARD (577), sino que constituye la única protección con que pueden contar las partes durante el periodo de pendencia, ya que cualquier acción civil de origen contractual debe ser desechada mientras no se conozca el resultado de los juegos.

No se defiende ni se rechaza de un modo especial en esta tesis el tenor de la fórmula propuesta por BESELER (578), que algún autor ha considerado absurda (579). Lo único que aquí interesa destacar es que, como consecuencia de la peculiar situación de pendencia que afecta al negocio realizado, las partes no pueden disponer de ninguna acción contractual mientras no se conozca el resultado de los juegos, y que, mientras ésto no suceda, sólo pueden contar con una protección de origen pretorio.

Debe observarse que las circunstancias que se acaban de poner de relieve derivan únicamente de la situación de pendencia que debe atravesar el negocio, la cual, a su vez, sólo es consecuencia de la incertidumbre en cuanto a la existencia de su objeto. Sin embargo, la situación y las características de los dos contratos en cuanto a su existencia y en cuanto a su eficacia serían las mismas en la época clásica, si dichos contratos estuvie--

ran sometidos a una condición. Por eso, no tiene nada de particular que, aun cuando cada uno de ellos se conciba en términos de negocio puro, Gayo señale la analogía == existente entre el supuesto contemplado y el mecanismo = propio de un negocio condicional. Ello, aparte de obedecer a una tendencia bien conocida de poner de relieve == las analogías existentes entre institutos semejantes, == ofrece, sin duda, un criterio orientador para la interpretación de la calificación jurisprudencial, del mecanismo jurídico que opera en ella y de las consecuencias de la misma.

4.- El inciso final "iam - possint".

Mas, con ser todo ésto cierto, no se agota en ello la analogía existente entre el mecanismo del convenio que estamos estudiando y la operatividad que sería = propia de un mecanismo condicional a través del cual se hubiera podido articular. Y de nuevo en este caso no se trata de la intuición de los modernos romanistas, que, = como se ha visto (580), se inclinan en su mayoría por == una construcción condicional del negocio descrito en Gayo, 3,146, considerándola realmente operante en él unos, indicándo otros cómo se hubiera podido simplificar todo recurriendo a ella, o también, finalmente, teniéndola presente, a pesar de rechazar de un modo formal su adecua--

ción al supuesto. Es el propio Gayo quien pone de relieve en el manuscrito veronés otro aspecto de la analogía existente entre los dos contratos puros que la jurisprudencia impuso en su calificación del negocio de los gladiadores y la construcción condicional que le hubiera resultado más adecuada.

Nos falta, en efecto, por considerar el inciso final del fragmento 146:

"... Iam enim non dubitatur quin sub ==
condicione res venire aut locari possint".

La afirmación que en él se contiene ha sido calificada por algún autor de absurda observación banal (581), mientras que por otra parte se ha afirmado (582) que su contenido difícilmente podría ponerse en duda ya desde una época muy anterior a la de Gayo. Además, el hecho de que un gran número de autores de los que se han ocupado del texto defiendan o admita que este inciso constituye un glosema (583) y el hecho de que el contenido de esta parte del fragmento no desempeñe ninguna función en las interpretaciones del texto que se han ofrecido, demuestra la poca importancia que le ha atribuido hasta ahora la doctrina.

Ello es consecuencia, sin duda, de un mal entendimiento del propio significado del mismo, pues generalmente se viene entendiendo que lo que en él se afirma es

que tanto el arrendamiento como la compraventa, no sólo =
pueden ser puros, sino también condicionados (584).

En estas condiciones, ciertamente habría que coin-
cidir con DE ZULUETA (585) en que ello difícilmente podría
haberse puesto en duda en un período al alcance de la memo-
ria de Gayo, pero, incluso en estas condiciones tampoco pa-
recería plenamente acertada la poco mesurada opinión de =
SOLAZZI, quien de la banalidad de la observación pretende
traer argumento contra su genuinidad afirmando que proba-
blemente tendría su origen en un glosema postagayano (586).

Si Gayo hubiera pretendido expresar el pensamien-
to que se le atribuye, no habría dicho, desde luego, nada
original, pero una banalidad semejante también la profirió
Paulo (aunque fuera para introducir una construcción más =
complicada) y fué recogida por los compiladores en Dig., =
19,2,20, pr.:

"Sicut emptio, ita et locatio, sub con-
dicione fieri potest". (Paul. libro XXXIV
ad Edictum).

Sin embargo, puede pensarse que, si, habiendo po-
dido Gayo limitarse a transmitirnos escuetamente la califi-
cación jurisprudencial, como hace en 3,145, optó en 3,146
por exponer un criterio explicativo y orientador para la =

comprensión de la misma, cabe esperar que la explicación y la orientación que se contienen en el fragmento sean lo más completos posible o se orienten, por lo menos, a esclarecer los aspectos más oscuros e importantes del caso. Y precisamente uno de ellos, al que ya se ha hecho referencia aquí, no es aludido en la parte del texto que se ha considerado hasta ahora: se trata de la íntima relación existente entre la regulación que fué calificada como arrendamiento y la que fué calificada como compraventa. Ya hemos visto cómo la jurisprudencia, adaptándose a los términos del convenio celebrado por las partes, apreció en la relación establecida, la existencia del germen de dos contratos puros, cada uno con un objeto distinto, llamados a desplegar su eficacia con plena independencia uno respecto del otro. Y la doble calificación, tal como Gayo nos la transmite en los términos del texto que se han considerado hasta ahora, deja en el aire y sin explicación el carácter sustancialmente unitario del negocio celebrado. Pero precisamente este aspecto puede ser esclarecido en la frase que constituye el final del fragmento, la cual viene a desempeñar, de este modo, un papel fundamental para la interpretación de la calificación jurisprudencial y para la comprensión misma del sentido del texto, por lo que no se puede prescindir de ella.

Ya se indicó aquí en su momento (587) que la mayoría de los autores que se ha ocupado del texto han considerado este inciso final como un glosema postgayano, o al menos, han admitido que podría serlo. Pero ya se dijo también que en la mayoría de los casos no se alegaba ningún = punto de vista, sino a lo sumo, y sólo en algún caso, razones derivadas de una previa concepción de lo que el texto debería decir, o de un mal entendimiento derivado a su vez del poco interés prestado al contenido del mismo.

Una excepción a ese desinterés generalizado está constituida por los autores de habla inglesa que se han ocupado de nuestro fragmento. Dejando aparte ahora las opiniones de BUCKLAND y de DE ZULUETA (588), nos conviene considerar en este momento las interesantes aportaciones de PRICHARD y de THOMAS para la adecuada comprensión del inciso = final del texto.

PRICHARD, que desecha por simplista la interpretación sugerida por DE ZULUETA, propone, a su vez, que, al final de nuestro fragmento, Gayo manifestara una duda acerca de la validez de un convenio condicional en el que la = condición, por sí misma y ella sola, pudiera determinar la naturaleza del contrato realizado. Y deduce que una respuesta afirmativa implicaría que la simple existencia del consensus bastaría para fundamentar la existencia de un con=

trato, incluso antes de que ese contrato fuese identificado, lo que, no sin razón, le parece una doctrina notablemente sorprendente para un sistema que no reconoce valor contractual al simple acuerdo de voluntades (589). Los ejemplos hipotizados por BESELER (590) le sirven para ilustrar las dificultades que implicaría la aceptación práctica de la interpretación que él propone. Pero PRICHARD va más lejos todavía. La cuestión le parece relativamente sencilla cuando en una construcción como la que se acaba de exponer, la condición desempeña el papel de decidir cuál de entre dos o más contratos consensuales se considerará existente; pero deduciendo consecuencias que pueden desprenderse de la aceptación de semejante convenio, generalizando la aplicación del criterio expuesto, se extiende en consideraciones sobre convenios de estructura semejante que constituyen claros casos de contratos innominados y se pregunta cual sería en estos casos la respuesta a la pregunta sobre la validez de semejante convenio. PRICHARD, que, como ya se dijo, considera que el caso de los gladiadores no tiene ninguna base real, sino que ha de reducirse al carácter de una mera ejercitación académica, concluye afirmando que la finalidad del inciso final de nuestro fragmento no habría sido otra que la de orientar la especulación en esta dirección (591).

La interpretación que propone PRICHARD para esta parte final del texto es, como se vé, atractiva y seductora. Desde luego, tiene sobre las expuestas con anterioridad la ventaja de atribuir a este inciso una trascendencia y una entidad doctrinal de una envergadura notablemente sorprendente. Y, sin duda, debe pensarse que, si Gayo quiso explicar la calificación que nos transmite en el fragmento 146 con un comentario de la extensión que tiene el que estamos estudiando, no debía ser precisamente para repetir una afirmación tan anodina como la de que tanto el arrendamiento como la compraventa pueden ser concebidos en términos de negocio condicional. Semejante afirmación, además de no ofrecer ninguna duda ni ninguna dificultad en la época de Gayo, no sirve tampoco para explicar ni los términos de la calificación en cada uno de los dos tipos contractuales de su alternativa, ni la construcción jurídica que hubiera permitido a la jurisprudencia relacionar la operatividad de un contrato y la de otro desde la perspectiva del carácter sustancialmente unitario del negocio. Además, partiendo de sus propios presupuestos, las reflexiones de PRICHARD reflejan una línea de pensamiento sin duda adecuada para una interpretación de la solución dada al caso de los = = = = =

gladiadores desde una perspectiva actual.

No obstante, a pesar de ofrecer estas ventajas, la interpretación del autor mencionado no parece ser tampoco muy adecuada al pensamiento de Gayo.

Si la calificación como arrendamiento o como compra-venta planteó problemas a la jurisprudencia, según nos informa Gayo, quien, además parece centrar en esta cuestión el interés del problema, no puede pensarse que la misma construcción del negocio estructurado sobre la existencia de dos contratos puros, en los términos que se han visto, que viene impuesta por la estructura de la manifestación de voluntad llevada a cabo por las partes, resultara para la jurisprudencia romana de una claridad meridiana ni de fácil aceptación; y, si, como aquí se cree, la finalidad del inciso final del texto es la de arrojar alguna luz sobre esa construcción, la interpretación de PRICHARD no resulta nada verosímil atribuida al pensamiento de Gayo.

En efecto, es muy posible que la jurisprudencia experimentase dudas no sólo acerca de la mayor pertinencia de la calificación como arrendamiento o de la calificación como compra-venta, sino también (y quizá sobre todo) acerca de la posibilidad misma de una calificación, es decir, de la posibilidad de otorgar protección civil a un convenio concebido en los términos del que estudiamos. En estas



BIBLIOTECA
DERECHO

condiciones, la existencia de una analogía entre la estructura de la construcción considerada y la de otra ya consagrada en el ámbito del ius civile podría utilizarse para = apoyar la introducción en el mismo del caso contemplado. = PRICHARD supone que la intención de Gayo sería la de conducir el pensamiento hacia la estructura propia de los contratos innominados y la de poner de relieve la semejanza existente entre algunos supuestos de esta categoría de contratos con el caso de los gladiadores. Hay que reconocer que esta opinión resulta totalmente coherente y acertada desde el punto de vista del autor inglés, que considera el caso como una ejercitación meramente académica y totalmente == irreal. Pero, si consideramos el caso como real y desde la perspectiva que se acaba de señalar, no puede pensarse que la intención de Gayo fuera la que PRICHARD supone, porque señalar la analogía existente entre un caso y otros excluidos de la protección del sistema civilístico o de difícil aceptación en él (592), no es, ciertamente, el medio más = adecuado para justificar o explicar la protección civil = otorgada a ese caso.

Por otra parte, la interpretación que aquí se sostiene de que el inciso final del fragmento tendría la finalidad de justificar la protección otorgada al convenio recurriendo a la analogía del mismo con otras construcciones ya

consagradas, encuentra también apoyo en la misma expresión del texto. El inciso final comienza con las palabras iam enim non dubitatur. Eso significa, sin duda, que la construcción que va a ser aludida había sido también objeto de discusiones en el seno de la jurisprudencia romana, al menos en alguno de sus aspectos, pero que las dudas que hubieran podido suscitar esas discusiones estaban ya superadas con la plena consagración y aceptación del supuesto en el seno del ius civile en la época en que Gayo escribía sus Instituciones; y éste, ciertamente, no puede decirse a propósito de la interpretación que PRICHARD propone.

¿Qué analogía podría haber querido destacar Gayo? En el texto se alude, sin duda, a la eficacia de una construcción condicional. Pero, ¿de qué construcción condicional? Ya se ha visto que una reducción del sentido de la referencia gayana a la simple afirmación de que los contratos de arrendamiento y de compraventa no sólo pueden ser puros, sino también condicionados, no satisface las propias exigencias del texto. Por las razones que se acaban de exponer, tampoco resulta satisfactoria una explicación como la sugerida por PRICHARD. Ya se ha puesto de relieve en las páginas anteriores cómo la eficacia propia de cada uno de los dos contratos puros que la jurisprudencia apreció en el convenio de los gladiadores, es muy semejante a la eficacia propia de un contrato condicional. Pero para poner

de relieve esta analogía bastaría la indicación que se =
hace en el manuscrito veronés de que en la calificación
que conocemos han de entenderse tamquam sub condicione =
facta cuiusque venditione an locatione. Si, como aquí =
se defiende, el objetivo del inciso final es el de expli =
car, no ya la eficacia propia de cada uno de los contra =
tos mencionados, sino la estructura misma del convenio =
y de la calificación en su conjunto, la alusión gayana =
debería hacer referencia a una construcción en la que =
operando un arrendamiento o una compraventa condicione =
les, la condición tuviera la función de determinar (con
arreglo a la eficacia propia de un mecanismo condicional)
(593) cuál de los dos contratos habría de considerarse de
finitivamente operante. Ya se ha visto que el manuscrito
veronés señala la existencia de una analogía entre el me =
canismo jurídico del caso de los gladiadores y la efica =
cia propia de una condicio que, presumiblemente, ha de =
entenderse como coincidente con lo que se conoce en la =
terminología jurídica moderna como una condición en senti =
do técnico. Y no ha de pensarse que en la construcción =
que se acaba de esbozar la calificación como condición =
tropezase con la objeción señalada por SOLAZZI para la =
operatividad de una condición en sentido técnico en el =
caso de los gladiadores, que ya ha sido analizada aquí =
(594),. En realidad nada se opone a que ~~de su~~ cumplimiento

pueda depender en última instancia la naturaleza del contrato realizado, siempre que ello no sea más que una consecuencia indirecta de haberse desplegado la eficacia = que es rigurosamente propia del mecanismo condicional = en sentido estricto; y sobre todo, si ese efecto indirecto se viene a producir como consecuencia de la operatividad entrecruzada de más de una condición, o de una condición y un término, por ejemplo.

En estas condiciones resulta de un gran valor una analogía señalada por THOMAS entre las varias sugerencias que este autor expone para explicar y justificar = el inciso final que se está comentando. Como ya se ha indicado antes, el mencionado romanista inglés parte del supuesto de que la jurisprudencia romana se limitó en el caso de los gladiadores a imponer escuetamente y de un modo no razonado la calificación como arrendamiento o como compraventa según los casos, debiendo atribuirse la explicación que de ella nos transmite el código veronés a la = exclusiva paternidad de Gayo. Este punto de vista (595) le permite un doble orden de consideraciones a propósito de la parte final del texto que estamos estudiando == ahora: por una parte, en relación con las tendencias personales de Gayo; por otra, sobre una base puramente objetiva, al margen de esas tendencias.

Así, tras indicar la posibilidad de que el inciso final de Gayo, 3,146 podría aludir a ciertas dudas antiguas sobre la posibilidad de introducir condiciones en los contratos consensuales, de acuerdo con las interpretaciones propuestas por BUCKLAND y por DE ZULUETA, THOMAS sugiere algunos puntos de vista orientados a justificar el hecho de que Gayo recurra a la analogía con el mecanismo condicional para explicar la calificación aplicada por la jurisprudencia al caso de los gladiadores. En este sentido encuentra el romanista inglés una justificación al proceder de Gayo en el hecho de que Juliano, última figura importante de la escuela sabiniana (a la que Gayo declara *pertinere*) hubiera desempeñado un papel importante en la elaboración de la teoría de las relaciones condicionales, afirmando, además, que no sería el de los gladiadores el único caso en que Gayo utilizaría la analogía con las condiciones para explicar principios ya plenamente aceptados por la jurisprudencia, a cuyo efecto se remite a Dig., 18,1,35, 5-7. Sin embargo, con independencia, o quizá, en concurrencia con esta pasión gayana por la analogía con las condiciones, THOMAS encuentra que "aún habría abundante justificación" para la que Gayo lleva a cabo en el inciso final del fragmento 146 sobre la base de Dig., 19,2,20,2;22,pr (que luego se reproducen), donde se "presenta la posibilidad de venta y arren-

damiento simultáneos de una cosa". A continuación se pregunta "¿porqué no existiría aquí (se refiere al caso de los gladiadores) la posibilidad de una venta y arrendamiento condicionales concurrentes sobre la cosa?. Después == THOMAS constata que en nuestro caso la muerte o la supervivencia determinan realmente qué contrato va a desplegar su eficacia y acaba estableciendo una analogía con la donatio mortis causa, ya consagrada desde antiguo, en la que la muerte del donante determina la eficacia del negocio, para proponer que la muerte o lisiamiento de los == gladiadores sea considerada en una perspectiva similar a la muerte del donante. (596).

Naturalmente, después de todas las reflexiones que se han expuesto ya en esta tesis, no parece oportuno llevar a cabo ahora una crítica detallada de la opinión de THOMAS acerca del inciso final del fragmento. De ella conviene, sin embargo, poner de relieve dos aspectos. = Uno es que constituye otro intento -desde luego menos ambicioso- pero también más ajustado a las fuentes y a la obra del mismo Gayo- para esclarecer el sentido del inciso final de nuestro fragmento atribuyéndole un contenido más transcendente que el que se le venía atribuyendo tradicionalmente. El otro, que es el que aquí nos interesa, es el de una de las analogías que THOMAS señala. Se trata de los casos descritos en la cadena Dig., 19,2,20,2 a 22, pr.:

"19,2,20,2: (Paul. XXXIV ad Edictum):

Interdum locator non obligatur, conductor
obligatur, veluti cum emptor fundum con-
ducit, donec pretium ei (597) solvat".

"19,2,21 (Iav.X,XI epistularum): Cum =

venderem fundum convenit ut donec pecunia
omnis persolveretur certa mercede emptor
fundum conductum haberet: an soluta pecu-
nia merces accepta fieri debeat? respondit:
bona fides exigit ut quod convenit fiat: =
sed non amplius praestatis venditori, quam
pro portione eius temporis, quo pecunia =
numerata non esset".

"19,2,22, pr. (Paul. XXXIV ad Edictum):

Item, si pretio non soluto inempta res fac-
ta sit, tunc ex locato erit actio".

A la vista de estos textos, THOMAS se pregunta respecto al caso de los gladiadores, "¿porqué no habría aquí la posibilidad de una venta y arrendamiento concu-
rrentes sobre la misma cosa?" (598). La respuesta que se ofrece en esta tesis para esa pregunta ya ha sido suficientemente expuesta y fundamentada en las páginas anteriores. Pero tampoco parece conveniente prescindir de la

analogía que realmente existe entre un caso y otro.

Porque, si desde la perspectiva que aquí se sostiene la asimilación que THOMAS sugiere entre las construcciones jurídicas operantes en el caso que se acaba de reproducir y en el de los gladiadores no resulta aceptable, es cierto, sin embargo, que la analogía que puede considerarse existente entre ambos puede ofrecer bastante utilidad para la comprensión del caso que aquí estamos estudiando.

Un examen detallado del problema que se contempla en los tres fragmentos que se acaban de reproducir nos llevaría a involucrar cuestiones que nada tienen que ver con lo que aquí se está tratando (599). Lo que interesa a nuestro asunto es solamente la estructura del convenio y de la calificación y la operatividad que sobre ella deja sentir sus efectos de una condición en sentido propio.

En efecto, en el caso del arrendamiento del fundo vendido nos encontramos también frente a un supuesto = en el que se ha celebrado una entrega de la cosa que es = objeto del contrato, pero de un contrato cuya calificación definitiva se hace depender de que se produzca, o no, un acontecimiento futuro e incierto, en este caso, el pago = del precio. Aquí la causa definitiva de la traditio permanece también indeterminada hasta que se produzca ese acontecimiento.

tecimiento. El supuesto no es, desde luego, idéntico al = de los gladiadores, como sugiere THOMAS, sino sólo análogo como habría podido sugerir Gayo con su tamquam en el caso de que hubiera querido referirse a él, pues en Dig., 19,2,20,2 y 19,2,21 se dice claramente que emptor fundum conducti donec pretium eius solvat. Las partes quieren, pues, la existencia ab initio de un arrendamiento plenamente válido que despliegue su eficacia desde el primer = momento, cosa que, como se ha visto, no sucede en el caso de los gladiadores. Pero, aparte de esta circunstancia, = sí parece que exista una analogía desde la perspectiva = que se acaba de señalar.

Mas, prescindiendo de esa diferencia y de las = consecuencias que de ella derivan, que sólo afectan al período de pendencia, puede decirse que también en el caso del arrendamiento del fundo vendido las partes quieren realizar (de un modo definitivo, según cual sea el resultado de la condición) o bien un arrendamiento, o bien una compraventa, respecto de la misma cosa. Si se paga el precio, la cosa resultará definitivamente vendida; si no se paga el precio la cosa resultará sólo objeto de un contrato = de arrendamiento. El pago del precio determina, pues aquí la naturaleza del contrato (aunque en este caso sólo del contrato definitivamente existente, pues de un modo provi

sional el fundo se entiende arrendado). Y en este caso el acontecimiento que determina la naturaleza del contrato sí ha de considerarse como una verdadera y propia condición en sentido técnico (600). Nos hallamos, sin = duda ante una compraventa sometida a lex commissoria.

De acuerdo con la interpretación de Sabino que nos refiere Paulo (601), según la cual la lex commissoria despliega la eficacia propia de una condición suspensiva (y que es la que presumiblemente debería inspirar el pagamiento del sabiniano Gayo), habría que apreciar en el supuesto descrito en Fig., 19,2,20,2-22, pr. la existencia de una compraventa sometida a la condición suspensiva del pago del precio, circunstancia ésta que operaría al mismo tiempo como condición resolutoria de un contrato de arrendamiento existente ab initio (o, si se prefiere emplear una terminología más concorde con las fuentes, una compraventa condicional y un arrendamiento puro que = sub condicione resolvitur). La semejanza de esta construcción con las que se han propuesto por la mayoría de los autores para explicar la calificación jurisprudencial en el caso de los gladiadores habla por sí sola de la posibilidad de establecer una analogía entre los dos casos. No tendría nada de particular que Gayo la hubiera tenido presente y se hubiera referido a ella para justificar la protección otorgada al convenio celebrado por el lanista y el =

organizador de los juegos, indicando, eso sí, que no hay una identidad, sino sólo una analogía (tamquam).

Sin embargo, la calificación que prevaleció no fué la propugnada por Sabino, que veía en la compraventa afectada de lex commissoria una compraventa sometida a = condición suspensiva, sino justamente la contraria, esto es, una compraventa sometida a condición resolutoria, o, = si se prefiere, la de una compraventa pura quae sub conditione resolvitur. Así, en palabras de Ulpiano,

"Si fundus commissoria lege venierit, =
magis est ut sub conditione resolvi emptio
quam sub conditione contrahi videatur" =
(Ulp., XXVIII al Sabinum; Dig., 18,3,1).

Por el mismo criterio parece inclinarse Paulo = después de reproducir la opinión de Sabino, en Dig., 41,4, 2,3,:

"Sabinus, si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. Sed videamus utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis = resolvetur quam implebitur" (Paul. LIV ad = Edictum).

Mas, esta solución victoriosa no hace sino consagrar el punto de vista de la escuela proculeyana mantenido por Neracio Prisco en Dig., 18,3,4,1 y, sobre todo, en Dig., 18,3,5:

"Lege fundo vendito dicta ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus quos interim emptor percepisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet, ..." (Neratius, V Membranarum).
(602).

Es de suponer que Gayo se mantendría fiel a la construcción sabiniana, pero tampoco sabemos exactamente en qué momento cedió ésta el paso a la proculeyana que finalmente acabó imponiéndose y en todo caso es lícito pensar que se trataba de una opinión - la de Neracio- que, = si no estaba imponiéndose en la época de Gayo, había sido ya al menos formulada y debía estar bastante extendida.

Pero, examinando el caso del arrendamiento del fundo vendido desde la perspectiva de la concepción proculeyana de la lex commissoria, la cuestión se complica = bastante más.

En efecto, de acuerdo con esta concepción, que, como se ha visto, es la que finalmente acabó imponiéndose, la compraventa afectada por una lex commissoria debe entenderse sometida a una condición resolutoria (no a una suspensiva), lo que desde la perspectiva de la jurisprudencia romana quiere decir que debe entenderse como una compraventa pura, si bien afectada por un pacto sometido a su vez a una condición suspensiva (603). Naturalmente, semejante compraventa existe desde el primer momento y desde el primer momento despliega toda su eficacia. Pero, a su vez, el arrendamiento del fundo vendido ha de entenderse concebido en los mismos términos. Las partes han establecido para éste contrato una duración no determinada pero sí determinable: donec <emptor> pretium ... solvat. Naturalmente, esta cláusula no puede considerarse como un término en sentido técnico, porque el pago del precio que, de acuerdo con el tenor del texto, produce la extinción del arrendamiento (604), ha de considerarse como un dies incertus an, incertus quando y este tipo de cláusula, como es sabido, constituye una condición. Así, la duración del arrendamiento debe considerarse sometida a la condición resolutoria del pago del precio, y, por tanto, este contrato desplegará también su eficacia desde el primer momento.

De este modo nos encontramos frente a la siguiente

te situación: un mismo fundo es objeto simultáneamente de dos contratos puros, de los cuales, y como consecuencia = de un acontecimiento futuro e incierto, sólo uno deberá = considerarse definitivamente eficaz, mientras que el otro se considerará definitivamente ineficaz. Desde esta perspectiva, la semejanza con el caso de los gladiadores es = notable; pero, además, en el caso del fundo, el pago del precio produce los mismos efectos que el resultado de los juegos en el caso de los gladiadores. En éste la muerte = lisiamiento determina la eficacia de la compraventa y la ineficacia del arrendamiento, mientras que la supervivencia de los gladiadores indemnes determina la eficacia del arrendamiento y la ineficacia de la compraventa. En el = otro caso, el pago del precio determina la eficacia de la compraventa y la extinción del arrendamiento, mientras que el impago determina la ineficacia de la compraventa y con ello la circunstancia de que sea sólo el arrendamiento el contrato que se considere eficaz hasta ese momento. Y desde esta perspectiva las objeciones de SOLAZZI a la calificación como condición del resultado de los juegos (605) = se podrían oponer también a la consideración como condición del pago del precio, porque el pago y el impago no = serían dos hechos-condición distintos, sino dos supuestos correspondientes al cumplimiento o incumplimiento del he

cho-condición. Pero, desde esta perspectiva, ¿sería realmente sorprendente que Gayo, o cualquier otro jurisconsulto que no tuviera ninguna pasión por señalar analogías con las condiciones hubiera querido poner de relieve la analogía que indudablemente existe entre el caso de los gladiadores y otros casos en que la definitiva calificación del negocio como arrendamiento o como compraventa, en cierto modo depende en última instancia del cumplimiento de una condición, como sucede en el caso del arrendamiento del fundo vendido con lex commissoria?

Pero, aunque el pago o el impago del precio produzcan desde esta perspectiva un efecto sobre la calificación muy semejante al que desempeña el resultado de los juegos en el caso de los gladiadores, los supuestos no son idénticos, sino sólo análogos. Y la objeción de SOLAZZI no sería tampoco aplicada válidamente al caso del fundo, porque en él los dos contratos están concebidos como condicionales cada uno de ellos y el efecto que podría parecer anómalo se produce como consecuencia de la operatividad entrecruzada de dos mecanismos condicionales claramente identificados y solamente una interpretación del negocio que prescindiera del cauce jurídico adecuadamente empleado por las partes e inequívocamente calificado por la jurisprudencia romana podría llegar a un resultado semejante arguyendo la objeción de SOLAZZI también en

este caso. Por otra parte, el arrendamiento y la compraventa de Gayo, 3,146 no despliegan ninguna eficacia mientras no se conozca el resultado^{de} los juegos, porque hasta ese momento carecen de objeto, de modo que la concurrencia de los dos contratos sólo se produce mientras la relación está en suspenso durante el período de pendencia, en tanto que en el caso de Dig., 19,2,20,2 -22, pr. existen desde el primer momento dos contratos plenamente eficaces respecto de la misma cosa. En el caso de los gladiadores el problema que se plantea es de elección entre dos tipos contractuales; en cambio, en el caso del arrendamiento del fundo vendido el problema que se plantea, desde la perspectiva con que lo estamos contemplando ahora, no es un problema de elección, sino de acumulación de tipos contractuales. En el caso del comprador que arrienda el fundo, el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones que hemos visto no determina directamente una calificación u otra. Lo que se quiere es que el arrendamiento despliegue su eficacia durante lo que hoy llamaríamos el período de pendencia de la condición resolutoria que afecta a la compraventa según la concepción proculeyana de la lex commissoria, pero esta eficacia del arrendamiento se quiere en todo caso, tanto si la compraventa llega a ser firme, como si llega a resultar ineficaz. Pero si la compraventa sometida a la lex commissoria

se configura como una compraventa pura, si bien afectada de un pacto condicional de resolución, entonces para ese periodo en el que todavía no puede decirse que el precio ha sido pagado, pero tampoco puede decirse que inempta res facta sit, es decir, precisamente para el periodo para el que se quiere el arrendamiento, se quiere también una compraventa. Es decir, para el periodo de pendencia de la condición resolutoria de la compraventa, las partes quieren en todo caso el arrendamiento además de la eventual compraventa; pero después del cumplimiento o de la frustración de la condición resolutoria de la compraventa, las partes no quieren en ningún caso el arrendamiento (que se ha establecido, precisamente, donec pecunia omnis persolveretur) y sólo quieren eventualmente la compraventa según el resultado de la condición. Así, la condición no actúa determinando la naturaleza del negocio realizado, sino determinando, como le es propio, la eficacia de cada uno de los dos contratos que simultáneamente deben considerarse existentes de acuerdo con la construcción que se acaba de exponer.

Lo anómalo de esta construcción no es sino la concurrencia de los dos contratos. Naturalmente, una construcción semejante resulta inaceptable, entre otras razones, porque, en principio, nadie puede arrendar sus propias cosas (606) y, si la compraventa se considera pura y, por tanto, eficaz desde el primer momento, el comprador será propietario, al menos bonitario, del fundo del que al mis-

mo tiempo debería considerarse como arrendatario. Probablemente por eso, la solución que propone Paulo no se adapta a la construcción que se acaba de exponer y que es la que se impondría como consecuencia de la concepción proculeyana de la lex commissoria, que, como hemos visto, ---, es la que sigue este jurisconsulto. Así, en Dig., 19,2,22. pr. nos indica que sólo si pretio non soluto inempta res facta sit, sólo entonces -tunc- (607) ex locato erit actio. Sin embargo, el arrendamiento es querido por las partes donec emptor pretium eius solvat, de modo que antes de que la cosa pueda considerarse inempta el comprador-arrendatario debe la renta, pero ésta no le podrá ser exigida mediante la actio locati. Lógicamente deberá serle exigida mediante la actio venditi (y por lo demás, lo mismo sucederá, sí, una vez = pagado el precio, ha de reclamársele la renta debida pro portione eius temporis quo pecunia numerata non esset). = Ello significa que, ante la imposibilidad de considerar existentes los dos contratos de arrendamiento y de compraventa, la jurisprudencia se inclinó por subsumir la = regulación de intereses de aquél en el tipo de la última, con un criterio plausible, ya que, si bien es cierto que las partes quieren un arrendamiento, parece indiscutible que lo quieren en definitiva, en función de la compraventa. Pero debe observarse que esta solución que se impone

necesariamente como consecuencia de la concepción proculayana de la lex commissoria implica una utilización de la actio venditi reiteradamente rechazada por esa misma escuela:

"Fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emptor alteram partem, quam retinebas annis decem certa pecunia in annos singulos conductam habeat. Labeo et Trebatius negant posse ex vendito agi ut id quod convenierit fiat. Ego contra puto si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur: nam hoc ipsum pretium fundi videretur quod eo pacto venditus fuerat: eoque iure utimur" (Javoleno, V ex posterioribus Labeonis; Dig., 18,1,79). (608).

Javoleno nos presenta la cuestión como ya resuelta en su tiempo (eoque iure utimur), pero, en todo caso, podemos creer que las discusiones entre sabinianos y proculayanos en torno a la consideración del arrendamiento de la cosa vendida con lex commissoria debieron ser bastante animadas, puesto que una decisión a propósito de esta cuestión involucraba además otras posiciones de escuela que deben considerarse importantes.

Sin embargo, tampoco resulta inverosímil pensar que, no existiendo ya en la época de Javoleno el principal obstáculo que los proculeyanos podrían haber opuesto, la construcción que nosotros conocemos a través de Paulo hubiera sido aceptada ya en tiempo de Gayo por la escuela proculeyana, puesto que se impone necesariamente como consecuencia de su concepción de la lex commissoria.

Y desde la perspectiva de esta construcción, el caso es aún mas semejante al de los gladiadores, pues, en última instancia, como consecuencia de un acontecimiento futuro e incierto podrá determinarse definitivamente, si la cosa había sido vendida o arrendada. (A pesar de ello, hay que insistir en que el caso no es idéntico, porque en el de los gladiadores se trata de la elección entre dos contratos, mientras que en el otro se sigue tratando de la acumulación de los dos, aunque la subsunción del arrendamiento en la compraventa pueda hacer pensar lo contrario. Que se trate de una acumulación lo pone de relieve la misma terminología empleada por Paulo, que dice que es un e m p t o r quien f u n d u m o o n d u c i t).

En estas condiciones parece haber base suficiente para poder afirmar que el inciso final de Gayo, 3,146 tiene el sentido que parecen requerir las propias exigencias de una explicación completa del problema planteado. En efecto, si se quería proporcionar una explicación de la calificación

jurisprudencial (en lugar de limitarse a transcribirla escuetamente) era preciso proporcionar una explicación = completa de la misma. Y ésto no se conseguiría afirmando simplemente que el arrendamiento de los gladiadores illosos y la compraventa de los muertos o debilitati tenían una = eficacia semejante a la que hubieran desplegado un arrendamiento o una compraventa condicionales, porque, con ésto, sólo se hubiera aclarado la eficacia propia de cada uno de = ellos separadamente, pero hubiera quedado en el aire y sin explicación el problema de la relación existente entre ambos; y, precisamente, la solución a este problema que deriva del carácter sustancialmente unitario del negocio celebrado, es lo único que puede aclarar cómo pudo la jurisprudencia dotar de protección civil a un convenio tan anómalo en el derecho romano clásico, lo que, a su vez, es un problema de demasiada importancia para ser eludido en una explicación del caso.

Y Gayo pudo proporcionar la razón de esa protección recurriendo a la evidente analogía que presenta el caso de los gladiadores con otros que ya habían sido aceptados por la jurisprudencia en el momento de plantearse la = discusión en torno al caso de los gladiadores, casos ya = consagrados, de los que pudiera decirse que iam enim non = dubitatur. Uno de ellos bien pudo ser el de arrendamiento de la cosa vendida bajo lex commissoria. En este caso, de

acuerdo con la concepción sabiniana, un acontecimiento futuro e incierto transformaría el arrendamiento en compra-venta; de acuerdo con la proculeyana, un acontecimiento futuro e incierto transformaría la compraventa en arrendamiento, o, más exactamente, determinaría ex post por cual de los dos tipos contractuales existentes ab initio como puros debe inclinarse la calificación. A pesar de las diferencias existentes entre este caso y el descrito en Gayo, 3,146, la semejanza estructural es indiscutible y pudo haber servido a la jurisprudencia para dotar de protección al convenio de los gladiadores. Por otra parte, tanto en la concepción sabiniana como en la proculeyana, el efecto que se acaba de describir es precisamente la consecuencia de la eficacia que es propia de una construcción condicional. No es, pues, extraño que Gayo atribuya la posibilidad de una calificación alternativa como arrendamiento o como compraventa a la operatividad propia de un mecanismo condicional en estos casos. El no dice que lo haya en el caso de los gladiadores. Dice que lo hay en otros semejantes de cuya protección ya no se duda. En esas condiciones, ¿por qué negar esa protección al convenio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos?

De este modo, la analogía con la condición no ha de entenderse referida tanto a la eficacia que deben desple

gar el arrendamiento o la compraventa de los gladiadores, sino a la relación misma existente entre ambos contratos en la estructura del convenio celebrado por las partes.

Sin embargo, a propósito de este tema conviene hacer otra referencia. En esta tesis se ha expuesto que sólo la identidad existente entre la causa de la emptio venditio de los gladiadores muertos con la causa protegida por la aestimatio puede justificar la calificación jurisprudencial. Desde la perspectiva que aquí se ha señalado para la consideración de la aestimatio hay también unas notables semejanzas estructurales en cuanto a la alternativa de la calificación. ¿Sería muy sorprendente que Gayo hubiera querido aludir también a la emptio venditio en que consiste la aestimatio como una compraventa sometida a la condición (suspensiva o resolutoria) del deterioro o perecimiento de la cosa en una perspectiva desde este punto de vista semejante a la de la compraventa sometida a lex commissoria que acabamos de contemplar?

5.- Sentido del problema planteado en el texto.

Hasta aquí se han tomado en consideración los problemas planteados por los términos mismos del manuscrito veronés; no sólo en lo que se refiere a la posibilidad y a los límites de la calificación que allí se propone, sino =

también en lo que se refiere a la relación existente entre los dos contratos que allí se mencionan. Se espera haber proporcionado en esta tesis una explicación aceptable de ambas cuestiones. Conviene, sin embargo, tener también presentes otros aspectos que nos puedan ilustrar sobre el sentido del problema planteado en el texto y quizá sobre la razón de ser del mismo.

No puede dudarse, porque Gayo mismo nos lo dice, que el caso de los gladiadores planteó a la jurisprudencia romana un problema de calificación en el que ella dudó entre la consideración del supuesto como un arrendamiento o como una compraventa, centrándose en esta alternativa el problema principal. En efecto, Gayo, 3,146 no es más que uno de los ejemplos que (ligados por respectivos item quaeritur) se nos exponen en los fragmentos 145 a 147 del manuscripto veronés para ilustrar la afirmación contenida en el primero de ellos de que entre un contrato y otro existe una familiaritas tal que a veces es difícil determinar por cuál de las dos figuras debe inclinarse la calificación. Sólo en 3,147 Gayo informa con algún detalle del tenor de las opiniones encontradas mientras que en 3,145 y en 3,146 un escueto magis placuit nos da noticia de la opinión victoriosa y hace suponer la existencia de una polémica cuyos términos únicamente podemos suponer, pero no reconstruir

sobre la base que nos proporciona el solo manuscrito veronés. Ya se ha hablado con anterioridad de las diferencias y de las semejanzas existentes desde esta perspectiva entre los fragmentos 145 y 147 (609). Por lo que se refiere al punto concreto que ahora estamos considerando, 3,146 tiene de común con ellos el haber sido un caso discutido al respecto por la jurisprudencia, a partir del cual pueden deducirse los criterios que guiaron a ésta al proceder a la mencionada distinción. Y en este sentido parece acertadamente aplicable la opinión de AMIRANTE, (610) que, como ya se dijo, entiende que es la existencia o no de la obligación de devolver la cosa entregada lo que sirve en última instancia de criterio de discriminación entre un tipo contractual y otro. Al menos en el supuesto que es objeto de esta tesis el mencionado punto de vista parece ser de plena aplicación, y nada se opone a que él constituya el criterio discriminatorio seguido por la jurisprudencia en este caso. En este sentido Gayo, 3,146 puede constituir, como sucede en el estudio de AMIRANTE simplemente, un ejemplo más de la aplicación del citado criterio por los jurisconsultos romanos para distinguir un caso de otro. Mas, ¿ha de pensarse que el sentido del problema planteado por el caso de los gladiadores se agota en ello? A decir verdad, el tenor mismo del texto veronés no podría fundamentar una respuesta afirmativa.

Ciertamente en las Instituciones de Gayo el convenio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos se nos presenta como uno más de los tres ejemplos aducidos para ilustrar la mencionada familiaritas existente entre el arrendamiento y la compraventa y la subsiguiente dificultad que en algunos casos existe para distinguir un tipo contractual del otro. Indudablemente se atrae con ello la atención del lector hacia ese aspecto; pero eso no significa que la problemática del texto se agote en él.

Gayo no nos informa de los términos en que se planteó la polémica jurisprudencial en torno al caso. Puede pensarse que la atención de la jurisprudencia se centró en torno al problema de la mayor adecuación del convenio a un tipo contractual o a otro, éste es, en el problema de la calificación, como parece deducirse de la función que el caso desempeña en el tratamiento gayano del arrendamiento. Puede también pensarse que esa no fuera más que una (quizá, incluso, la más importante, o quizá ni siquiera eso) de las cuestiones tratadas en la polémica jurisprudencial. Y esta última = opinión puede quizá encontrar apoyo también ^{en} el propio texto del manuscrito veronés.

Como ya se ha puesto de relieve anteriormente en esta tesis en cada uno de los casos expuestos en los fragmentos 145 a 147 Gayo sigue un criterio distinto por lo que

se refiere a la fundamentación y a la exposición de criterios orientadores para la comprensión de la solución que = en cada uno de ellos se propone.

En los tres supuestos la jurisprudencia vaciló entre la calificación como arrendamiento y la calificación como compraventa; en los tres supuestos se suscitó polémica = en torno a ello y en los tres supuestos se impuso definitivamente una de las opiniones en discusión. En los tres supuestos Gayo nos expone el planteamiento del problema y en = los tres supuestos nos da noticia de la opinión que prevaleció. Sin embargo, en 3,145 Gayo se limita a transmitirnos la calificación que acabó imponiéndose sin darnos de ella ninguna otra razón. En 3,147 se nos proporciona, además la noticia de una circunstancia a través de la cual se revela el = criterio que inspiró a la jurisprudencia para distinguir un caso de otro. En 3,146, sin embargo, tras informarnos de la calificación que prevaleció, Gayo nos expone una explicación de ella notablemente amplia, complicada e importante.

De acuerdo con el manuscrito veronés, el interés del caso debería centrarse en la elección entre el arrendamiento o la compraventa como tipo contractual más adecuado a la regulación de intereses prevista en el convenio. Sin = embargo, la amplia explicación de la solución victoriosa que nos ofrece en el texto no se orienta a exponer las razones

que hubieran podido argüirse o que hubieran podido existir a favor de un tipo o de otro, como cabría esperar del planteamiento gayano, en el caso de que se nos ofreciera una explicación, sino que se orienta a esclarecer otro aspecto bien distinto: el de la mecánica negocial operante en el caso, que permita la doble calificación y que explique cómo y por qué despliega su eficacia cada uno de los dos contratos que la jurisprudencia determinó que podían apreciarse en el caso contemplado. En las páginas anteriores se ha expuesto la interpretación que aquí se propone para el contenido de esa explicación, pero su misma existencia y la importancia que cabe atribuirle en el pensamiento gayano, aunque sólo sea por su extensión, a todas luces desproporcionada en relación con el tratamiento que se da a los casos expuestos en los otros fragmentos, permiten suponer que el problema de la elección entre uno y otro tipo no fuera el más importante, o no fuera, al menos, el único que atrajo la atención de la jurisprudencia romana en la polémica suscitada en ella a raíz del caso de los gladiadores.

Y es que, si la elección entre el arrendamiento o la compraventa pudo plantear (y según nos informa Gayo, planteó) notables dificultades a la jurisprudencia, puede también pensarse que ante la doble calificación que finalmente ella adoptó, la sensación de perple-

jidad que, según VOLTERRA, ella provoca entre los estudios modernos, no fuera un sentimiento totalmente ajeno a los mismos jurisconsultos romanos.

La calificación como arrendamiento de la regulación establecida por las partes respecto de los gladiadores que salieran de los juegos integri no ofrece ningún problema y difícilmente hubiera podido constituir el objeto de ninguna discusión jurisprudencial. Otra cosa sucede con la regulación establecida en el convenio respecto de los gladiadores que resultaran muertos o debilitati en la lucha a que se destinaban. ¿Podrían ellos constituir el objeto de un contrato de arrendamiento?

Ya se ha visto cómo la jurisprudencia apreció en el caso de los gladiadores la existencia de dos contratos puros, cada uno con un objeto distinto. Esta configuración del negocio viene, en realidad, impuesta por la estructura misma del convenio celebrado por las partes. Pero, ¿por qué un contrato de arrendamiento y otro de compra-venta? ¿Por qué no dos contratos de arrendamiento cada uno con objetos distintos y con mercedes arrendaticias también distintas? -¿cabría esta pregunta?

En realidad carecería de sentido la devolución de los gladiadores muertos, pero esto no sucede en el caso de los debilitati y, en último término, la no devolu-

ción de los muertos sería una consecuencia natural del perecimiento de la cosa arrendada, que, eventualmente, puede tener lugar en cualquier contrato de arrendamiento.

Sin embargo, el análisis de la causa y de la finalidad perseguidas por las partes que se ha llevado a cabo en las páginas anteriores ponen de manifiesto que el negocio celebrado respecto de los gladiadores que resulten muertos o debilitati tiene la finalidad de proporcionar al lanista una indemnización por la pérdida patrimonial que supondría para él el perecimiento o la inutilización de sus gladiadores. Y si ofrece dificultades la calificación como compraventa de un negocio cuya finalidad es la de asegurar al tradens su indemnidad patrimonial a través del pago del precio de una cosa ya perceda, no menos dificultades nos ofrecería la calificación de dicho negocio como un arrendamiento, ya que la merced arrendaticia tiene la consideración de contraprestación por el uso temporal de una cosa, mientras que los mil denarios que debe pagar el organizador de los juegos por cada uno de los gladiadores muertos o debilitati desempeñan la función de indemnización (no puede decirse de "contraprestación") por el deterioro o perecimiento de la cosa.

Pero, a la vista de la evidente función indemnizatoria, o, si se prefiere, aseguradora, que persigue el

pago de los mil denarios, ¿puede pensarse seriamente que la jurisprudencia considerase posible la calificación = como un arrendamiento del negocio realizado respecto de los gladiadores muertos o debilitati?

Y, si resulta difícil admitir que la jurisprudencia romana hubiera podido pensar seriamente en la posibilidad de calificar como compraventa el negocio celebrado respecto de los gladiadores que salieran de los juegos = integri, no resulta menos costoso estimar que la jurisprudencia romana, a la vista de la evidente función indemnizatoria que desempeña el pago de los mil denarios en el = otro supuesto hubiera podido pensar seriamente en calificar como arrendamiento el negocio celebrado respecto de = los gladiadores que perecieran en los juegos o resultaran en ellos debilitati.

Debe observarse, sin embargo, que estas consideraciones resultan posibles partiendo de la base de la = existencia en el negocio de dos contratos distintos, re= cayendo cada uno de ellos sobre un objeto distinto, lo = que, ciertamente, no constituye ningún presupuesto para = el análisis del caso, sino precisamente, el resultado final a que llegó la jurisprudencia romana al término de = sus discusiones.

Ya se ha llevado a cabo en esta tesis un análisis de la causa del negocio realizado entre el lanista y el organizador de los juegos y de la finalidad que las partes pretenden conseguir mediante la lex que determinaba la causa de la traditio de los gladiadores. Se ha visto también cómo esta causa y esta finalidad coinciden con la causa y la finalidad protegidas a través de la aestimatio y cómo la aestimatio tiene en el derecho romano la consideración de una emptio venditio ya desde la época de la beón, Mela y Próculo, por lo menos. Además, las razones que entonces se adujeron para explicar la calificación que en este sentido encontramos en las fuentes parecen plenamente aplicables a la calificación del convenio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos tal como nos lo transmite Gayo en el fragmento que estamos estudiando. Estas razones y la notable semejanza -ya que no plena identidad- existente entre la finalidad que el convenio persigue y la causa que es propia de la aestimatio, pudieron sin duda inducir a la jurisprudencia a la calificación como emptio venditio de la regulación de intereses prevista en relación con los gladiadores que salieran de los juegos muertos o debilitati. Al menos, esas razones y esa analogía pueden servir para explicarnos plenamente la definitiva calificación jurisprudencial de que Gayo nos informa.

Pero, a la vista de la singular semejanza existente entre los dos casos y del carácter ya plenamente con-
sagrado en la época de Gayo de la calificación de la aes-
timatio como vera venditio (pues al menos por lo que se =
refiere a la aestimatio de la cosa arrendada hemos visto
cómo ella se encuentra ya en el pensamiento del mismo Pró-
culo (611)) resulta difícil creer que la jurisprudencia tu-
viera dificultades para proceder, por extensión analógica,
a la calificación y la extensión de las normas de un caso
al otro. Ciertamente, Gayo no nos dice que el problema =
plantado por el caso de los gladiadores fuera en su tien-
po de la más inmediata actualidad. Al contrario, nos da =
a entender que fué objeto de discusión en el seno de la =
jurisprudencia romana (no necesariamente en un momento al
alcance de su memoria personal) y nos presenta el proble-
ma ya zanjado con la calificación que ofrece el texto ve-
ronés como una solución ya definitivamente consagrada en-
tre los jurisconsultos. Otro tanto podría decirse respecto
de los problemas que se plantean en los fragmentos 145 y
147. Es más, en éste último se nos informa de que la polémica se planteó ... en la época de Casio. En este sentido
podría pensarse que en el caso de los gladiadores el pro-
blema se hubiera podido plantear a la ciencia jurídica ro-
mana a raíz de las discusiones jurisprudenciales en torno
a la calificación de la aestimatio como emptio venditio,
o, al menos, en una época en que esta calificación no es-

tuviera aún plenamente consagrada en la jurisprudencia y la extensión analógica de los principios de un caso a los del otro no fuera por ello posible. En realidad, esto no sería muy chocante en Gayo, habida cuenta de la importancia de la perspectiva histórica en la obra de este jurisconsulto (612) y la misma época en que debe situarse la polémica de que se nos da noticia en 3,147. La hipótesis de que fuera ésta la razón de la duda experimentada por la jurisprudencia a raíz del caso de los gladiadores no puede desecharse a priori. Sin embargo, la circunstancia de que el caso puede plantear otros problemas de mucha más entidad y de carácter mucho más general, induce a no conceder demasiada importancia a la consideración que se acaba de exponer.

En efecto, hemos visto cómo la analogía existente entre la finalidad protegida por la aestimatio y la perseguida por el lanista y el organizador de los juegos justificaban la calificación como compraventa del negocio realizado respecto de los gladiadores muertos o debilitati sobre la base de ser la aestimatio una vera venditio.

Sin embargo, no debe olvidarse que, según se ha puesto de relieve en páginas anteriores, la aestimatio se presenta como un pacto añadido a un determinado negocio;

que ese negocio se perfecciona y despliega su eficacia desde el primer momento; que la aestimatio se orienta a modificar el régimen de responsabilidad derivado de los natura lia negotii de la relación básica a que se ha añadido; y que sólo cuando la cosa entregada perezca o se deteriore = (o en el caso de que la persona que tenga la facultad de = escoger prefiera la entrega/la ^{de} suma de estimación a la de la cosa misma) puede considerarse que desplegará su eficacia la vera venditio que la aestimatio es; pero que si = ello no sucede, la relación básica a que se había añadido la aestimatio no se verá transformada en una emptio venditio y seguirá desplegando su eficacia propia, como venía = haciendo desde el principio. Evidentemente, ninguna de estas circunstancias se da en el caso de los gladiadores, en el que, como hemos visto, la jurisprudencia apreció la existencia de dos contratos distintos, totalmente independientes uno de otro. Y puede pensarse que quizá en la superación de las dificultades que derivan de esas diferencias = radique el mayor interés del problema.

En efecto, para conseguir la finalidad que, según se ha visto, persiguen las partes, el lanista y el organizador de los juegos disponían, no ya en la época de Gayo, sino desde tiempos muy anteriores, de varios medios jurídicos, cuya existencia y cuya operatividad estaban ya plena-

mente consagradas y reconocidas en el seno del ius civile y cuyo empleo no hubiera suscitado, por tanto, ninguna = dificultad ni a la jurisprudencia romana ni a la ciencia = romanística posterior.

En la doctrina que se ha ocupado del fragmento = 3,146 se ha destacado -especialmente por parte de PRICHARD (613) y de ARANGIO-RUIZ (614)- cómo el negocio hubiera podido ser llevado a cabo por medio de un conjunto de estipulaciones, lo que ha hecho pensar a dichos autores que éste y no el del complicado y problemático convenio que Gayo nos describe habría sido el medio habitualmente empleado para realizar este tipo de negocios. Y ciertamente, el cauce estipulatorio es el más sencillo y el que hubiera exigido un menor esfuerzo mental y no revestiría ninguna significación innovadora en los mecanismos técnico-jurídicos. Por lo demás, no puede negarse que este tratamiento sería plenamente adecuado para dotar al negocio de un cauce jurídico totalmente apto para conseguir la finalidad perseguida por = las partes, además de ser el usual y siempre aplicado sin duda en la época más remota.

Sin embargo, como han puesto de relieve especialmente CALONGE (615) y THOMAS (616), se puede afirmar con = base en las mismas fuentes romanas que el cauce estipulato-

rio había sido ya sustituido en los hábitos del tráfico jurídico relativo a los gladiadores en la época clásica por el medio más ágil de los contratos consensuales. Naturalmente, ello no impediría en modo alguno, el empleo de estipulaciones para realizar un negocio como el que estamos estudiando, aunque proporcionaría, sin embargo, otras posibilidades para encauzarlo jurídicamente.

Los términos del Senatusconsultum de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis dan a entender que el sistema normal en este tipo de negocios era el de la compra de los gladiadores al lanista por parte del organizador de los juegos. El Senadoconsulto nos informa también de que los sacerdotes solían quedarse con los gladiadores supervivientes y revenderlos después a otros sacerdotes con ocasión de los munera que éstos se vieran obligados a ofrecer (617). Se trata, en todo caso, de una práctica habitual sin ninguna fuerza vinculante y nada induce a pensar que el organizador de los juegos del caso que comentamos fuera un sacerdote o un magistrado, ni que tubiera ocasión de vender los gladiadores supervivientes a sus sucesores en el cargo. En todo caso, la intención de las partes es la de que el lanista recupere los gladiadores supervivientes y la jurisprudencia no entendió que se infringiera con ello ninguna norma relativa al tráfico de gladiadores. Además, la prác-

tica de deshacerse, después de los juegos, de los gladiadores supervivientes, parece que fuera la más lógica, sobre todo desde que el Senadoconsulto prohibió que se cobrase en esas reventas un precio superior al entregado al lanista por el primer sacerdote comprador, ya que la conservación de ellos habría de resultar antieconómica, pues el vendedor tendría que soportar, al no poder reembolsarlos con el sobreprecio, los gastos de mantenimiento y entrenamiento de los gladiadores hasta la celebración de los próximos juegos. Por eso, lo más lógico parece ser que después de haberles utilizado para la celebración de sus juegos, volviese a venderlos, naturalmente a un lanista (probablemente el mismo al que él los hubiera comprado) y, naturalmente, a un precio más bajo que aquél en que él los había comprado, para que el lanista pudiera obtener algún beneficio en la operación. En todo caso, aun cuando esta conjetura no se adapte a las prácticas habituales en la organización de los juegos gladiatorios, ofrecería a las partes del convenio que estamos estudiando aquí un cauce totalmente adecuado para conseguir la finalidad que persiguen y perfectamente adaptado al sistema contractual romano clásico que no hubiera suscitado ningún problema.

Si pretendían que el lanista obtuyese un beneficio de veinte denarios, por cada gladiador superviviente y

una indemnización de mil por cada gladiador muerto, podrían haber realizado un negocio por virtud del cual el organizador comprase al lanista todos los gladiadores al precio de mil denarios cada uno; y otro por virtud del cual el lanista comprase todos los que salieran ilesos de los juegos por una cantidad de veinte denarios menos, o sea de 980 (618).

Naturalmente, la calificación como compraventa de un negocio concebido en los términos que se acaban de indicar debería tropezar con serias dificultades y lo más adecuado sería considerar al lanista en ese caso como un arrendador de los gladiadores supervivientes y los veinte denarios de diferencia como la merced arrendaticia, manteniéndose sólo la calificación como compraventa para el negocio celebrado respecto de los gladiadores muertos.

En este sentido ya se ha expuesto anteriormente en esta tesis cómo el lanista y el organizador de los juegos tenían a su disposición otro medio plenamente aceptado en la época clásica: la celebración de un contrato de arrendamiento de todos los gladiadores acompañado de un aestimatio de los mismos. Esta construcción hubiera podido asegurar al lanista la percepción de una merced arrendaticia de veinte denarios con la consiguiente devolución de los gladiadores que se encontraran íntegros al

término del arrendamiento y, al mismo tiempo, la percepción de una cantidad de mil denarios, correspondiente = a la suma de estimación que como consecuencia de la aestimatio debería pagarle el organizador de los juegos por cada uno de aquellos gladiadores que hubieran muerto o = se encontraran debilitati. Puede pensarse que, con arreglo a los términos del convenio que nos describe Gayo, = el organizador de los juegos no asume más riesgo que el del perecimiento o lisiamiento en la lucha y que esta limitación aparta al supuesto de la regulación propia de = la aestimatio, en la cual, como ya se ha expuesto, el = accipiens asume en su plenitud el periculum de la cosa = entregada. No merece la pena que nos detengamos aquí en un análisis encaminado a esclarecer si es, o no, esa la interpretación más adecuada a los términos del convenio que estudiamos, porque, en último término, la diferencia mencionada, se hubiera podido salvar mediante la sustitución de la aestimatio por un pactum adiectum de contenido análogo, pero de alcance más limitado, o quizá, incluso, mediante la limitación convencional de los efectos de la misma aestimatio.

Vemos así que las partes, para alcanzar la finalidad que perseguían disponían por lo menos de estos = tres procedimientos, ninguno de los cuales hubiera susci

tado dificultad alguna en el seno de la jurisprudencia = clásica. El recurso a dos compraventas parece el menos = adecuado, pero quizá se adaptara más a los usos habituales en el tráfico de gladiadores, según se desprende de la información que nos proporciona el Senatusconsultum = de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis. El empleo = de estipulaciones podría aparecer como un medio excesivamente complicado y arcaico, y, probablemente, ya en desuso para este tipo de negocios, como se ha puesto de relieve anteriormente. Por eso, su utilización no parece = tampoco la más plausible, aunque, indiscutiblemente se trata de un medio perfectamente utilizable en la época de Gayo, mediante el cual se hubiera podido alcanzar el fin perseguido con la máxima garantía y sin que ello origina se ningún problema. Sin duda, el arrendamiento más pactum adiectum se nos presenta como el cauce jurídico más adecuado al sistema contractual romano clásico y a la finalidad perseguida por las partes.

Sin embargo, contando con todos estos medios, el lanista y el organizador de los juegos, en lugar de = recurrir a alguno de los cauces seguros y ya consagrados, concluyen un convenio de dudosa aceptación por la = jurisprudencia, que, aun siendo sustancialmente unitario, contiene en su seno el germen de dos contratos distintos, cuya calificación hace vacilar a los jurisconsultos romanos.

Ya se ha dicho antes que aquí se cree que el caso es real, y no imaginario, como PRICHARD supone. Gayo nos presenta el caso como el de un convenio celebrado = por las partes, cuya calificación suscita dudas y discusiones en la jurisprudencia. Quizá no sería muy aventurado pensar que las partes, en lugar de acudir al consejo cautelar de un jurisconsulto para celebrar su negocio, = podían haber prescindido de él por la razón que fuera y haber decidido regular sus intereses por sí mismos. Evidentemente, nada induce a presumir un necesario conocimiento del derecho en un lanista ni en cualquier persona que desee organizar unos juegos gladiatorios. No parece muy aventurado pensar que la operatividad de una sestio matio o la articulación de un sistema de estipulaciones fueran problemas totalmente ajenos al interés de un lanista. Lo que el lanista sabe (porque es lo que al lanista le interesa) es que si le pueden devolver íntegros los gladiadores que ha suministrado, él puede recuperarlos = junto con una ganancia proporcionada a la utilidad que él ha prestado; pero que si los gladiadores han muerto, o = están inutilizados, lo que a él le interesa es que le devuelvan el valor de los mismos; y el lanista sabe también que ésto puede conseguirlo. (Otro tanto cabe decir del = organizador de los juegos respecto de sus pretensiones e intereses). El mecanismo jurídico adecuado para conseguir

esa finalidad no es incumbencia del lanista; por razón = de su experiencia profesional él sabe que con arreglo = a derecho esa finalidad puede conseguirla, y eso es precisamente lo que pacta con el organizador de los juegos, = que se muestra de acuerdo con esa regulación de intereses.

Particularmente un arrendamiento de los gladiadores, o si se prefiere, un arrendamiento más un pactum adiectum, habrían podido producir finalmente un resultado idéntico al de la calificación que nos transmite Gayo, = pero sólo finalmente y después de que desplegara su eficacia una combinación de instituciones jurídicas. Si se hubiera celebrado un arrendamiento de todos los gladiadores y éstos hubieran sido objeto de una aestimatio, el resultado final habría sido el mismo que el que nos ofrece el convenio: los gladiadores que hubieran salido = de los juegos integri se entenderían objeto de un arrendamiento y el organizador de los juegos debería devolver los al lanista junto con la merced arrendaticia convenida; los que hubieran resultado muertos, o no pudieran = ser devueltos integri se entenderían objeto de la emptio venditio en que consiste la aestimatio, y a cambio de = ellos el organizador de los juegos debería entregar al lanista la suma de estimación que podrían haber sido los mil denarios. Así, si el negocio hubiera sido realizado

a través de la construcción que se acaba de indicar, la calificación final del mismo por parte de la jurisprudencia habría sido la misma que la que nos ofrece Gayo para el convenio que estudiamos: arrendamiento respecto de los integri, emptio venditio respecto de los muertos o debilitati. Pero este sería sólo el resultado final, porque = antes de poder llegar a él y poder determinar que los = gladiadores hubieran muerto o resultado debilitati en los juegos y por tanto, que hubieran de entenderse objeto de una emptio venditio, habría que considerar que todos los gladiadores habían sido objeto de un arrendamiento. Y ésto no es lo que se desprende de la voluntad de las partes, que sólo quieren y establecen una regulación que = pueda calificarse como arrendamiento respecto de los gladiadores que salgan de los juegos integri, pero en modo alguno respecto de los que resulten en ellos muertos o = debilitati. Por eso, la calificación jurisprudencial se adapta perfectamente al convenio celebrado por las partes, y, por eso, el convenio y su calificación merecerían una mención especial en las Instituciones de Gayo. Pero, si el convenio que nos describe Gayo en 3,146 hubiera = sido el producto de la espontánea actividad de las partes, sus términos y su planteamiento no tendrían nada de particular, ya que puede pensarse que lo que interesa a las

partes no es un mecanismo jurídico, sino un resultado = práctico; ésto es lo que quieren las partes y ésto es = lo que las partes establecen.

Los términos del convenio que estamos estudian = do ofrecen la particularidad de que reflejan perfectamen = te un resultado del todo alcanzable en el derecho clási = co, pero prescindiendo de los procedimientos técnicos ade = cuados para conseguirlo.

Un convenio semejante tenía que atraer la aten = ción de la jurisprudencia romana, no ya - o al menos, no sólo- por la dificultad de la calificación como arrenda = miento o como compraventa, sino sobre todo porque los = términos del convenio implicaban además un paso adelante en el camino que va del formalismo al consensualismo y = también porque el planteamiento del convenio incidía de lleno en la problemática relativa al concepto de contra = to, que es, como se sabe, una de las cuestiones que con más ardor agitaron a la jurisprudencia romana clásica. Y en este sentido, ~~un~~ sin negar el carácter y, por supues = to, el interés práctico de la discusión jurisprudencial, cabría también pensar que el convenio no hubiera sido = concebido en los términos en que lo conocemos a causa = del pragmatismo de las partes, sino como consecuencia de la inquietud dogmática de algún jurisconsulto, empeñado

en ampliar el concepto de contrato.

Porque no puede negarse que la doble calificación jurisprudencial en los términos que se han expuesto anteriormente obedece plenamente a la doble regulación = de intereses prevista en el convenio respecto de los gladiadores que resultaran integri y de los que resultaran = muertos o debilitati respectivamente. Pero tampoco puede negarse que las dos regulaciones de intereses que finalmente fueron calificadas como dos contratos puros totalmente independientes entre sí, no estaban realmente tan desvinculadas una de otra, ni la jurisprudencia romana = entendió que lo estuvieran. Hemos visto que la calificación como compraventa sólo tiene sentido a través de la función indemnizatoria o aseguratoria que puede desempeñar la emptio venditio, pero esa función aseguratoria o indemnizatoria sólo tiene sentido en relación con el = contrato de arrendamiento celebrado respecto de los gladiadores integri. Y, si la jurisprudencia pudo llevar a = cabo la calificación que llevó a cabo, es sólo teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre ambas regulaciones de intereses.

El problema que ofrece el convenio a la jurisprudencia romana es el de que la finalidad que él persigue coincide plenamente con la causa protegida en el de-

recho clásico a través de la aestimatio de la cosa arrendada, pero, por apartarse de esta construcción e implicar a priori una calificación sólo posible ex post, de acuerdo con esa calificación, resulta difícilmente subsumible en el sistema contractual clásico. Así, la doble calificación que finalmente prevaleció, descansando en la apreciación de dos negocios puros, uno de arrendamiento y otro de compraventa, totalmente desligados uno de otro = desde el punto de vista formal, tropezaría con la absoluta imposibilidad de la calificación como compraventa = del negocio celebrado respecto de los gladiadores muertos, porque, como se ha tratado de demostrar en esta tesis, = la jurisprudencia romana no podía admitir la validez de una compraventa que tuviera por objeto un cadáver humano. En nuestro caso la validez de esa compraventa sólo podría admitirse como consecuencia de la calificación ex post de una determinada regulación convencional del riesgo en un contrato de arrendamiento existente ab initio. = Por eso, la validez de la compraventa que la jurisprudencia apreció existente en el convenio que nos describe Gaiyo, sólo es posible sobre la base de una consideración = en su conjunto del negocio celebrado por el lanista y el organizador de los juegos, en cuya consideración los dos términos de la alternativa no están tan desligados como

podiera dar a entender la estructura formal de la calificación que nos transmite el texto veronés. Pero la consideración del convenio como un negocio único tropieza, a su vez, con el obstáculo de que la finalidad que en él se persigue no coincide, en realidad, con la causa de ninguno de los tipos contractuales reconocidos en el derecho romano clásico. En rigor se trataría, por tanto, de un pacto de los que no tienen proprium nomen y de los que, por tanto, no engendran acción. Pero ello llevaría a dejar sin protección un convenio en el que las partes han establecido una regulación de intereses a la que se otorga plena protección en el derecho romano clásico. Y como la cuestión se plantea en sede de contratos consensuales, en los que basta con que exista el consentimiento de las partes (que en este caso existe) y que ese consentimiento se oriente a la consecución de una causa estimada por el ordenamiento como digna de protección (circunstancia que en este caso también se da, aunque esa protección se otorgue a través de un mecanismo más complicado, como es la aestimatio), el problema que se plantea a la jurisprudencia es un problema de más envergadura que la que aparenta tener, porque, ante él la jurisprudencia se encuentra frente a la alternativa de forzar los términos del convenio para adecuarlo a los mecanismos ya existen-

tes, o dar cabida a un negocio nuevo que no corresponde exactamente a ninguno de los contratos típicos reconocidos.

Quizá por eso la jurisprudencia adoptó finalmente la media sententia que Gayo nos transmite en la que se toman en consideración los dos criterios antes mencionados. Porque si por una parte la jurisprudencia con su doble calificación parece inclinarse por la consideración de la existencia de dos contratos totalmente independientes entre sí, salva, por otro lado, los obstáculos inherentes a esta opción, reduciendo la duplicidad a una esfera puramente formal, ya que, al valorar la causa de la emptio venditio tuvo necesariamente que tener en cuenta la sustancial unicidad del negocio, que es la única que puede permitir la calificación como compraventa. De este modo, la jurisprudencia romana pudo llegar a su definitiva calificación, en verdad sorprendente, combinando los elementos que le interesaban de cada una de las dos opciones que se le presentaban.

En estas condiciones, ¿sería muy aventurado pensar que la jurisprudencia se había debatido en torno a la posibilidad de que una plenior interpretatio del convenio pudiera asimilar la regulación de intereses que en él

se contiene a la que es propia de un arrendamiento acompañado de la aestimatio de la cosa arrendada? Con ello = la calificación del convenio celebrado como un contrato = de arrendamiento habría sido indiscutible, sin perjuicio de que ex post, ex accidentibus, el negocio celebrado respecto de los gladiadores muertos o debilitati, hubiera de considerarse, como consecuencia de la operatividad de la aestimatio, como una vera venditio. Porque no otra cosa = sucede en los casos de estimación del instrumentum del = fundo arrendado, como hemos visto a propósito de Dig., = 19,2,3, o con la estimación de los esclavos adscritos a = la colonia en Dig., 19, 2, 54,2, en los que, a pesar de la intervención de la aestimatio y de la consiguiente vera = venditio, las fuentes siguen hablando de arrendamientos, de colonos, de periculum del arrendatario, en lugar de == hablar de compraventas, de compradores o de vendedores. Y lo mismo sucede en los casos en que se entrega una dote = estimada, cuando las fuentes, en lugar de hablar de compra dor y vendedor, miran en primer lugar a la restitución por el marido de las mismas cosas dotalas, lejos de considerar prioritariamente y por encima de todo la existencia de = una compraventa, como si no hubiera intervenido la emptio venditio que la aestimatio es.

Esta sería quizá la única perspectiva que pudie

ra explicar cómo y por qué la jurisprudencia romana pudo dudar sobre la calificación como arrendamiento del negocio celebrado respecto de los gladiadores muertos y, por ende, la única quizá que pudiera explicarnos de una manera plausible la exposición gayana, porque, de otro modo, no se vé cómo podría ser verosímil la noticia que nos proporciona el texto veronés, ya que parece que debe excluirse en cualquier caso una duda sobre la imposible calificación como compraventa del negocio realizado por el lanista y el organizador de los juegos respecto de los gladiadores que pudieran devolverse integri.

Mas este planteamiento que sin duda implica una duda de calificación no implica una simple duda de elección entre un tipo u otro, sino que, a través de ello, == implica una toma de postura a favor de la protección de == un convenio cuya estructura no encaja plenamente en los == esquemas contractuales clásicos, y, a través de ello, a == favor de la extensión de la protección civil a casos en == los que no puede decirse con plena exactitud que la convención transeat in proprium nomen contractus, pero sí == que subsit tamen causa.

El convenio, en los términos en que se nos presenta y con la particularidad que ya se ha puesto de re==

lieve de ser un negocio que contiene en su seno el gérmen de dos negocios, ofrece un planteamiento extraño al sistema contractual romano clásico, que, desde nuestra perspectiva actual, inclina más bien a pensar en un contrato atípico.

La jurisprudencia romana clásica debía sentirse inclinada a dotar de protección al convenio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos, puesto que la regulación querida por las partes era una regulación = plenamente protegida (aunque por otros cauces) en el sistema contractual romano clásico. Además, la discusión en = torno al supuesto ofrecía el aliciente de involucrar tomas de postura de una envergadura que desbordaba ampliamente los límites particulares de la protección del caso concreto.

Sin embargo, lo que no parece ofrecer ninguna duda es que, una vez introducida en el sistema contractual romano la categoría de los contratos innominados, el interés que pudiera ofrecer el convenio que nos transmite Gayo en 3,146 quedaría considerablemente reducido.

La misma circunstancia de la previa consumación de la traditio facilitaría una calificación en este sentido. Ello, sin embargo, no debe inducir a pensar que este

extremo desempeñe un papel decisivo o importante en el planteamiento gayano. El manuscrito veronés se refiere al caso de los gladiadores en sede de contratos consensuales y ya se ha visto más arriba (619) cómo el hecho de que el lanista ya haya entregado los gladiadores, no afecta necesariamente a la circunstancia determinante del sufficere consensisse. Por otro lado, de acuerdo con la regulación establecida por las partes, la entrega de los gladiadores al organizador de los juegos es un presupuesto necesario para que pueda producirse la existencia del objeto del contrato celebrado. Además, si la jurisprudencia clásica quería otorgar protección civil a un convenio concebido en los términos del que estamos estudiando (extremo éste que debe darse por supuesto, como consecuencia de haber sido objeto de la calificación que conocemos) no tenía en la época de Gayo otra posibilidad sino la de recurrir, como recurrió, a los contratos meramente consensuales del arrendamiento y la compraventa.

De este modo, si la previa celebración de la traditio no desempeña en realidad la función de elemento sustancial e imprescindible en orden a la calificación jurisprudencial desde la perspectiva clásica, permite, por otra parte, la calificación del supuesto como un contrato innominado desde la perspectiva posterior.

Así, desaparecida en la época justiniana la = mayor dificultad que podría oponerse a la protección del convenio, el interés que éste pudiera despertar desaparece también prácticamente. Los problemas suscitados en la época clásica por el mecanismo de la calificación que impone la peculiar estructura del convenio, no ofrecen ya = ninguna entidad doctrinal después de la admisión generalizada del contrato innominado; y en cuanto a la finalidad perseguida por las partes, la consideración de la gestio como vera venditio y su finalidad fundamentalmente = aseguratoria siguen totalmente vigentes en el derecho justiniano, de modo que tampoco implica ninguna novedad.

Quizá sea ésta la auténtica razón de que Gayo, = 3,146 no se encuentre recogido en ningún lugar paralelo = del Corpus Iuris, y no como pensaba MAYER MALY (620) la supresión legal de los juegos gladiatorios vigente en == tiempo de Justiniano. Que esta circunstancia haya podido = tener algún peso para que los compiladores desecharan el texto no se puede negar, pero ha de relegarse a un papel muy secundario. Si la calificación del convenio hubiera = ofrecido en la época justiniana un interés dogmático de la entidad del que ella ofrecía en la época clásica, sin duda, las comisiones de Triboniano no hubieran prescindido de él. Porque, si la desaparición de las luchas gladi

torias hubiera tenido lugar en la época clásica, por ejemplo, el interés práctico del convenio hubiera seguido siendo innegable. Una regulación de intereses semejante a la que en él se contiene podría establecerse para otros supuestos análogos en los que la cosa entregada debiera someterse a un riesgo grave e inminente. Piénsese, por ejemplo, en animales, vehículos o barcos destinados a una travesía peligrosa. Y, si en estos supuestos, no podría oponerse un carácter absolutamente no comerciable de la cosa objeto del contrato, quedaría en pie, al menos para los casos de perecimiento total de la cosa, la objeción de que se trataría de una compraventa sin objeto.

Pero al quedar eliminadas todas las dificultades derivadas de la estructura del negocio, merced a la construcción del contrato innominado, el interés del caso podría quedar reducido al hecho de contener un ejemplo más de los que de modo numeroso abundan en las fuentes, del criterio seguido por la jurisprudencia para discriminar el contrato de arrendamiento del de compraventa, y al de contener un modelo más, por otro lado ya tampoco muy original, de contrato innominado, con el inconveniente, eso sí, de estar además referido en sus términos primitivos a unos gladiadores.

El caso de los gladiadores seguiría así el mismo destino que todos los demás que Gayo nos describe en su exposición sobre el arrendamiento con las únicas excepciones de los supuestos contenidos en el fragmento 147 y en la primera parte del 143. En efecto, salvo estos dos casos, que mantienen en el Corpus Iuris la misma calificación que les atribuyera la jurisprudencia clásica, en todos los demás casos en que según nos informa el manuscrito veronés se dudaba o se dudó si debía apreciarse la existencia de un arrendamiento, la definitiva solución justiniana se inclina por un contrato nuevo y desconocido en la época de Gayo. Para el caso de los predios municipales que in perpetuum locantur, de que se nos habla en 3,145, será el contrato de enfiteusis, introducido por Zenón en el siglo V; para los restantes supuestos, la calificación como contrato innominado.

Pero, ni en estas condiciones debe extrañar que sólo el fragmento 146 haya quedado excluido de la compilación justiniana. La referencia a los demás supuestos está justificada por la utilidad actual que, en todo caso ellos presentan en el derecho de la compilación.

El primer supuesto contemplado en 3,143, esto es, el caso de que se dejara la determinación de la merced

arrendaticia al arbitrio de un tercero, había de ser lógicamente recogido, puesto que la disputa la zanjó el mismo Justiniano, imponiendo la consideración del contrato como condicional (621). El caso del joyero, expuesto en 3,147, mantiene su actualidad porque se mantiene la calificación clásica. En el fragmento 145 la referencia a la discusión clásica se justifica, no sólo como simple dato erudito que puede acompañar a la obligada referencia a la modificación introducida por Zenón, sino también porque se encuentra en la constitución de este Emperador que se reproduce en el Código y en la que sí es necesaria para una adecuada comprensión de la nueva regulación. Los supuestos descritos en 3,143 y 144 sirven en definitiva para ilustrar aspectos que diferencian al arrendamiento de los contratos innominados que finalmente se entendió que constituían. El caso de los gladiadores no ofrece, sin embargo ninguno de estos alicientes. Siendo, sin duda el más interesante de los que Gayo nos describe a propósito del arrendamiento y también el que pone de manifiesto un esfuerzo más ambicioso y más audaz por parte de la jurisprudencia, pierde, sin embargo, prácticamente todo su interés en el marco de la compilación justiniana. Mas no debe pensarse por ello que el esfuerzo de los jurisconsultos fuera estéril. Más bien esa pérdida de interés del caso de los gladiadores es la prueba más evidente del triunfo

definitivo y con carácter general del principio que, en definitiva, inspiraba a la jurisprudencia cuando ésta se afanaba en otorgar al caso una protección civil.

CONCLUSIONES

De acuerdo con las reflexiones que anteceden, podemos sintetizar la interpretación que se propone en esta tesis para el enigma planteado por el fragmento = 146 de las Instituciones de Gayo en las siguientes conclusiones:

I.- En la doble calificación que nos transmite Gayo, la consideración como locatio conductio del negocio celebrado respecto de los gladiadores que salgan de los juegos integri no parece ofrecer en sí misma ninguna dificultad.

Lo contrario sucede, sin embargo, respecto de la emptio venditio que constituye el otro término de la alternativa que en el mencionado fragmento se ofrece.

En efecto, la calificación como compraventa = del negocio celebrado respecto de los gladiadores que = resulten muertos en los juegos, tropieza con el obstáculo insuperable del carácter absolutamente no comercia- =

ble del cadáver del hombre en el derecho romano.

Y no parece que esta dificultad pueda eludirse, como ha querido hacer un importante sector de la = doctrina, con la consideración de dicha compraventa como un negocio condicional en el que la condición estuviera dotada de eficacia retroactiva, ya que esta construcción implicaría la introducción de una ficción. Y la ficción, como medio técnico jurídico parece que queda fuera del = alcance de las posibilidades de actuación de la jurisprudencia romana, que es la que impuso, con el magis placuit de que Gayo nos informa, la calificación como emptio venditio. Del mismo modo, dadas las razones que determinan = el carácter no comerciable del cadáver, creemos que hay que desechar la idea de que la jurisprudencia hiciese posible la mencionada calificación como consecuencia de = una extensión analógica.

II.- En las fuentes se contemplan supuestos de compraventas que recaen sobre objetos también excluidos del tráfico jurídico privado, tales como las res sacrae, religiosae o publicae y el homo liber. Pero, si la jurisprudencia consideró válidas estas compraventas en unos = casos, y concedió al comprador la actio empti para hacer valer sus intereses, aun considerando la compraventa nu-

la, en otros, ello tuvo lugar siempre con estricta limitación al supuesto de que el comprador ignorase la condición no comerciable de la cosa comprada. Y esta circunstancia determina, incluso por sí sola, que los mencionados supuestos resulten inadecuados para justificar por analogía la calificación como emptio venditio del negocio celebrado respecto de los gladiadores que resulten muertos en los juegos, ya que en el convenio que Gayo nos transmite la condición de los gladiadores muertos, no sólo no es ignorada por las partes, sino que es querida por ellas como circunstancia determinante de la regulación de intereses que la jurisprudencia calificó como emptio-venditio.

III.- Entendemos que la explicación más plausible para esta emptio venditio es la que deriva de la analogía existente entre el caso contemplado en Gayo, 3,146 y la finalidad protegida en el derecho romano clásico a través de la aestimatio.

IV.- Porque en esta tesis se defiende también:

1º).- Que la aestimatio es un pactum adiectum que puede acompañar, por lo menos, a algunas relaciones convencionales como consecuencia de las cuales una de las partes tiene la obligación de devolver a la otra una

cosa previamente recibida.

2º).- Que dicho pactum se orienta a atribuir =
al accipiens el riesgo de la cosa entregada, mediante la
asunción por parte de éste de la obligación de devolver
al término de la relación, o la cosa misma que recibió, //
íntegra, o la estimación convenida para ella.

3º).- Que la aestimatio fué calificada por la //
jurisprudencia romana como una emptio venditio. Y ello =
no de un modo arbitrario, sino como una consecuencia nece-
saria de la peculiar regulación de intereses que implica
la atribución del riesgo en que consiste la aestimatio,
ya que, en definitiva, ella se orienta al cambio de la =
cosa estimada por su precio, para el caso de que dicha =
cosa perezca o se deteriore; y esta regulación de intere-
ses no puede ser protegida por la acción que emana de la
relación básica a que se haya añadido la aestimatio, ya
que esa regulación de intereses se aparta de la causa a
que obedece la relación básica, que implica, necesaria-
mente, la devolución de la cosa entregada.

4º).- Que, contra lo que entiende la generali-
dad de la doctrina, esa emptio venditio no está llamada
a desplegar su eficacia en todo caso, desde el momento =
en que nace la relación, sino sólo en el supuesto de que

la cosa perezca o se deteriore (o cuando aquella de las partes que, eventualmente pueda tener la facultad de elegir prefiera la entrega de la suma de estimación), por lo que, si ninguno de estos supuestos tiene lugar, no entrará en juego la calificación como emptio-venditio, sino que se mantendrá la correspondiente a la relación básica a que se había añadido la aestimatio. //

5º).- Que, como consecuencia de ello, la emptio venditio en que consiste la aestimatio se integra en todos sus elementos siempre que la cosa perezca o se deteriore, por lo que esa emptio venditio podrá presentar, entre otras muchas, la peculiaridad de considerarse como una compraventa sin objeto, o como una compraventa sin objeto idóneo, (ofreciendo un paralelismo particularmente destacado con el caso contemplado en Gayo, 3,146, cuando la cosa estimada sea un esclavo y éste muera). //

6º).- Que esta circunstancia no constituye en realidad, un obstáculo para la calificación mencionada, porque la emptio venditio en que consiste la aestimatio no obedece a la causa propia del contrato típico y normal de compraventa, sino a la finalidad de indemnizar al tradens por la pérdida de la cosa, o asegurarle su integridad patrimonial para el caso de deterioro de la misma, por lo que no es necesario que la cosa tenga en el momento de integrarse en todos sus elementos, la ===

emptio venditio, la condición de res in commercio, sino // que basta con que su deterioro o perecimiento impliquen para el tradens una pérdida patrimonial.

V.- Entendemos que la calificación como emptio venditio del negocio celebrado por el lanista y el organizador de los juegos en relación con los gladiadores = que resulten muertos en la lucha puede explicarse por su analogía con la aestimatio, sobre la base de la concepción de ésta que se acaba de exponer y en atención a las demás semejanzas que ofrece la estructura de un convenio en que ella intervenga y la del convenio descrito por = Gayo en 3,146.

Porque la intención del lanista y del organizador de los juegos no se orienta en ningún momento a celebrar un contrato normal de compraventa propiamente dicho, // sino a garantizar la indemnidad patrimonial del lanista, que, de acuerdo con lo convenido, podrá tener la seguridad de que recuperará, en todo caso, o los gladiadores = mismos que él entregó, y en el mismo estado en que él los entregó, o bien una suma de dinero que puede considerarse aproximadamente correspondiente al valor de un gladiador de tipo medio.

De este modo, la regulación de intereses que la jurisprudencia calificó como una emptio venditio se nos

presenta como un convenio encaminado a alterar el régimen del riesgo de la res locata que derivaría de los elementos naturales del contrato de arrendamiento.

Pero, sucede que la peculiar regulación del riesgo que ese convenio implica se aparta de la causa propia que individualiza al tipo contractual del arrendamiento y altera su calificación (pues, de otro modo, habría que concluir que, llegado el caso, el lanista podría llegar a pedir ~~-~~respecto de los gladiadores debilitati la entrega del precio a cambio de la transmisión definitiva de la tenencia de la cosa entregada, mediante la actio locati).

Esta regulación especial del riesgo, que es querida por las partes, coincide exactamente en este aspecto con la regulación del riesgo que, según se afirma en esta tesis, es propia de la aestimatio. Por eso, encontrándose ya consagrada en la época clásica la calificación de la aestimatio como vera venditio, resulta explicable que la jurisprudencia aplicara la calificación de emptio-venditio a la parte relativa a los gladiadores muertos o debilitati en el convenio que constituye el objeto de esta tesis, porque esa emptio-venditio no implicaría necesariamente el carácter comerciable de la cosa ven

dida, ya que sólo persigue una finalidad aseguratoria o indemnizatoria.

VI.- Mas, si la analogía con la aestimatio puede servir para explicar la calificación como emptio venditio en el caso de Gayo 3,146, la peculiar estructura = del convenio, derivada de la voluntad manifestada por = las partes, que la jurisprudencia respetó, impide afir- = mar otra cosa más que una analogía entre ambos supuestos.

No se da en el caso de los gladiadores un contrato básico de arrendamiento que despliegue ab initio = plenamente su eficacia; y, además, puede pensarse que la atribución del riesgo al organizador de los juegos tampoco tiene lugar en toda la plenitud que implica la aestimatio, sino que viene limitado a la muerte o lisiamiento precisamente como consecuencia de la lucha gladiatoria.

VII.- Por otra parte, se sostiene también en esta tesis, contra la opinión más extendida en la doctrina, que no puede apreciarse la existencia de ningún = mecanismo jurídico que relacione un negocio con otro a = través de los medios de la técnica jurídica, sino que la calificación que Gayo nos transmite pone de manifiesto =



que la jurisprudencia romana apreció en el convenio que es objeto de esta tesis la existencia de dos contratos = puros: uno de locatio conductio y otro de emptio venditio, cada uno de los cuales tendría un objeto distinto.

VIII.- Porque, en efecto, no parece acertada = la calificación como condición -ampliamente difundida en la doctrina- para la referencia al resultado de los juegos que se contiene en el convenio celebrado entre el lanista y el organizador.

En esta tesis se sostiene que dicha referencia no es sino una cláusula del negocio en la que las partes establecen el criterio para determinar el objeto de cada una de las dos regulaciones de intereses que la jurisprudencia calificó como locatio conductio y como emptio venditio, Pero que no se encamina directamente a subordinar los efectos de ninguna de ellas a un acontecimiento futuro e incierto que es la característica de la condición.

IX.- Mas el carácter puro de ambos contratos y la misma negación de su carácter condicional en el manuscrito veronés -donde la explícita afirmación de una = analogía (tamquam) excluye la identidad con la operatividad de una condición propiamente dicha- no impiden que

la eficacia de ambos contratos ofrezca una notable semejanza con la que les sería propia, si realmente estuvieran sometidos a una condición.

Las notas de futuridad e incertidumbre que afectan a la existencia del objeto, determinan que cada uno de los dos contratos puros que la jurisprudencia apreció existentes en el convenio celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos atraviesen una situación de dependencia muy semejante a la que es propia del negocio = condicional. //

Como la existencia del objeto de cada uno de los dos contratos se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto, constituido por el resultado de los juegos, mientras tal acontecimiento no se produzca quedará en suspenso la eficacia de la locatio conductio y de la emptio venditio, porque mientras tal acontecimiento no se produzca, no podrá decirse que existe, ni, con certeza, que va a existir, cada uno de estos contratos, ya que mientras tanto no puede decirse que su objeto exista, ni, con certeza, que vaya a existir.

X.- Por ello, precisamente, no puede decirse = que antes de que se conozca el resultado de los juegos,

las partes puedan disponer de ninguna de las acciones =
civiles derivada de alguno de estos contratos. Y por ello,
la protección de que podrán disponer las partes durante
el período de indeterminación en la causa de la traditio,
que transcurre desde que ésta tiene lugar hasta el momen-
to en que se conozca el resultado de los juegos, podrá =
ser, únicamente, una protección de origen pretorio.

XI.- Mas, la calificación del convenio como cons-
tituido por dos contratos puros, de locatio conductio y =
de emptio venditio, cada uno con su propio objeto y for-
malmente desvinculados uno de otro de una manera total, =
ignora, sin duda, el carácter sustancialmente unitario =
que el negocio presenta en la realidad. Creemos que la =
finalidad perseguida por Gayo con la inserción del inciso
final del fragmento (iam - possint) es, justamente ==
la de salvar la consideración de ese carácter sustancial-
mente unitario que el negocio tiene.

No creemos que en esta última parte del texto =
Gayo hubiese querido limitarse a afirmar que tanto el arren-
damiento como la compraventa podrían concebirse en térmi-
nos de negocio condicional, tal como ha venido entendi-
do la mayoría de la doctrina. Más bien parece que en este

inciso final Gayo quiso hacer referencia a otros supuestos de contratos complejos, en cierto modo atípicos en la medida en que no podrían ser subsumidos de un modo plenamente adecuado en ninguno de los tipos contractuales reconocidos por el ius civile y que habrían encontrado protección en el sistema de éste a través de una construcción condicional que determinase cuál de los dos tipos concurrentes en el negocio había de considerarse definitivamente como eficaz.

Gayo presenta esta construcción como ya consagrada en su tiempo después de haber sido objeto de discusiones jurisprudenciales, y, además, afirma que entre ella y la calificación aplicada al convenio de los gladiadores no existe más que una analogía. No se trata de una afirmación gratuita o de un expediente falso y falaz, como se ha afirmado. Las mismas fuentes romanas ofrecen ejemplos que pueden ilustrarla.

XII.- De este modo, la analogía con la eficacia propia de una construcción condicional se muestra doblemente útil para una comprensión de la calificación aplicada al convenio de los gladiadores, puesto que ella sirve, no sólo para explicar la situación de pendencia que atraviesa cada uno de los dos contratos que en él se aprecia-

ron, sino también para poner de relieve la íntima relación existente entre las dos regulaciones de intereses = que la jurisprudencia separó formalmente, íntima relación que deriva del carácter sustancialmente unitario = del negocio celebrado.

XIII.- De este modo, el interés del caso no parece residir en la circunstancia de que a través de él = se pongan de relieve elementos estructurales en orden a diferenciar el tipo contractual de la locatio conductio. del de la emptio venditio, como cabría esperar de la primera afirmación contenida en Gayo, 3,145, que el caso de los gladiadores sirve para ilustrar. Creemos más bien que el interés del caso podría radicar en las dificultades y problemas que planteó a la jurisprudencia romana clásica la protección civil de un convenio concebido en los términos del celebrado entre el lanista y el organizador de los juegos.

XIV.- En otro caso, la duda jurisprudencial carecería de sentido, pues no parece posible que la ciencia jurídica romana se planteara seriamente la posibilidad de calificar la regulación de intereses establecida respecto de los gladiadores que salieran de los juegos =

integri como ~~una~~ compraventa; ni resulta fácil tampoco =
creer que llegase a pensar en calificar como un arren-
damiento la establecida respecto de los muertos o debi-
litati, a no ser que, considerando el negocio en su con-
junto, hubiera experimentado la duda de considerar esta
parte del convenio no sólo desde la perspectiva, sino =
con la rigurosa calificación de un pactum adiectum enca-
minado a establecer en un contrato básico de arrendamien-
to una peculiar regulación convencional del periculum de
la cosa arrendada, sin perder de vista en este sentido =
el modelo de la aestimatio.

XV.- Por ello, la explicación de la califica-
ción jurisprudencial que nos proporciona el manuscrito =
veronés no se orienta a poner de relieve los elementos =
estructurales que puedan separar un tipo contractual del
otro, sino a aludir a una mecanismo jurídico que permita
explicar, aunque sólo sea descansando en una analogía, =
la operatividad de los dos términos de la alternativa =
contenida en la mencionada calificación.

XVI.- Mas, en estas condiciones, el interés del
texto decae con la introducción en el sistema contractual

romano de la categoría de los contratos innominados; y ello puede explicar fácilmente, quizá mejor que la sola supresión legal de los espectáculos gladiatorios, = la circunstancia de que el 146 sea el único de los fragmentos que constituyen la exposición gayana del arrendamiento que no haya sido recogido en el Corpus Iuris.

NOTAS

- (1). Observationes epigraphicae n.XLI-XLIII:Eph.epig.(Heft 3, 1890) pgs. 388-428; ahora en Gesammelte Schriften, VIII (Epigraphische und numismatische Schriften), pag. 526, nt. 5, por donde será citado.

Las referencias anteriores carecen prácticamente de interés y no abordan el problema jurídico planteado por el texto. A las obras citadas por CALONGE, Bollettino informativo dell' Istituto Giuridico Spagnolo in Roma, nº 48-49 (enero-junio 1965), pg. 18, nt. 2 cabe añadir la muy posterior "Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius" con traducción y comentario por Edward G. POSTE, Oxford, 1925 (reimpr. de la ed. de 1904), que comenta el texto en la pg. 373.

- (2). Se omiten aquí las referencias bibliográficas, las más importantes se irán citando y analizando a lo largo de este trabajo, a medida que vayan siendo estudiados los problemas a que se refieren.

- (3). De ZULUETA, The Institutes of Gaius. Part II. Commentary, Oxford, 1953, pg.174.
- (4). En su estudio "Sale and Hire", en los STUDIES ON THE ROMAN LAW OF SALE dedicated to the memory of Francis de Zulueta, Oxford, 1959, pg. 8.
- (5). Istituzioni di Diritto Romano , Roma, 1961, pg.512, nt. 2.
- (6). "The solution given of this little problem seems common sense", si bien "but is open to criticism". De ZULUETA, Commentary, cit. pg. 174.
- (7). PRICHARD. loc. cit. pg. 3.
- (8). ALVAREZ SUAREZ, Ursicino, El Problema de la causa en la tradición, Madrid, 1945.p. 9.
- (9). "Gai, III, 146 e la retroattività della condizione" en SDHI, 9 (1943), p. 291.
- (10). "Einzelne Stellen", ZSS, 47 (1927), p. 357.
- (11). ibid.
- (12). En la recensión publicada en IURA, 11 (1960), pgs. 308-309, al estudio de PRICHARD antes citado.
- (13). IGLESIAS, Juan, DERECHO ROMANO, 4ª ed. Barcelona, 1962, p. 397.

- (14). "Gaius and the gladiators" en Estudios de Derecho Romano (Homenaje al profesor Don Carlos Sanchez del Rio y = Peguero), Zaragoza, 1967, pg. 156.
- (15). Sale and Hire, cit. pgs. 5 y ss.
- (16). cfr. PRICHARD, Sale and Hire, cit, p. 5, nt.4
- (17). ibid. pg. 5
- (18). ibid. pg. 6
- (19). "one of the scholars' standbys", loc. cit. pg. 5
- (20). loc. cit. pgs. 3 y ss.
- (21). loc. cit. pg. 6, nt. 1
- (22). Commentary, cit. pg. 174
- (23). IURA, XI (1960), p. 309.
- (24). BESELER, loc. cit. pg. 357.
- (25). Más adelante se hará alusión a los problemas que puede originar la expresión "debilitati". De momento parece oportuno reducir a sus límites adecuados la problemática del texto, sin involucrar en ella cuestiones que la sobrecargarían inútilmente.

(26). Se emplea aquí esta expresión, a pesar de su inexactitud, por su mayor brevedad y carácter consagrado (cfr. p. ej., ARANGIO-RUIZ, *La Compravendita in diritto romano*, I, Nápoles, 1961, pg. 112), aun coincidiendo con ALVAREZ SUAREZ (*El Negocio jurídico en Derecho Romano*, Madrid, 1954, pg. 16, nt. 9) en que "en un contrato de compraventa, el objeto del negocio consiste en dos prestaciones: la del vendedor de entregar la cosa; la del comprador, de pagar el precio. Obsérvese la diferencia entre el objeto del contrato (la prestación) y el objeto material sobre el que puede versar la prestación (la cosa). Así, pues, el objeto del contrato de compraventa no es la cosa, si no las dos prestaciones que del contrato emanan".

(27). IURA, XI. cit.

(28). Aunque PRICHARD no lo cita, reproduce la objeción en los términos en que ésta viene formulada por DE ZULUETA (op. cit. pg. 174), quien a su vez se remite a lo dicho por SECKEL-LEVY, de cuyo pensamiento se hablará a continuación.

(29). Die Gefährtragung beim Kauf im klassischen römischen = Recht, ZSS. 47 (1927), pg. 167, nt. 3.

(30). Ibid.

- (31). Otros aspectos de la calificación jurisprudencial roma na transmitida por Gayo, 3,146, relacionados al menos en parte con este problema, se mencionarán más adelante. V. infra, cap. III, donde se tomarán en consideración algunos casos de compraventa cuyo objeto no puede calificarse de cosa comerciable.
- (32). V. nota anterior.
- (33). V. infra. pgs. 40 y ss.
- (34). No/^{es} esta la sede adecuada para llevar a cabo un estudio exhaustivo sobre la naturaleza jurídica del cadáver y, por ende, de su carácter comerciable, o no, en el derecho romano; pero, dada la importancia decisiva de su incidencia en la problemática planteada por el fragmen to que nos ocupa, resulta necesario hacer aquí algunas consideraciones sobre esta cuestión, en la medida en = que ello pueda contribuir a una recta interpretación de Gayo, 3,146.
- (35). Cfr. en especial De Legibus, 2,23,58 y también 2,9,22 y 2,22,55, entre otros.
- (36). Gayo, 2,4.
- (37). Problemi sistematici del diritto romano.- Cose-con- = tratti, Torino, 1974, pp.23-24.

- (38). CRIFO, "Note de diritto romano", Roma, 1970, pg. 6/IV.
- (39). Ibid.
- (40). FERRINI, "De Iure sepulcrorum apud romanos", en Opere, vol. IV, Milán, 1930, pag. 12
- (41). VOCI. "Diritto Ereditario Romano", vol. I, (2ª ed.), Milán, 1967, pg. 325.
- (42). C.I.L., VI, 2, n. 8861.
- (43). Ibid., n. 12133.
- (44). Pro Domo, 46, 121. En relación con el mismo, compárese también ibid., I, 1 y 2; 12, 32; 13, 34; 54, 138. Que esta manifestación cicconiana de ignorancia sea un recurso oratorio es una cuestión que no afecta a la validez de los argumentos empleados.
- (45). "Il Diritto Romano Cristiano", vol. II, Milán, 1952, p. 340. En sus "Istituzioni", sin embargo, al referirse a las res religiosas, menciona solo "i sepolcri e gli oggetti destinati alla conservazione ed all'ornamento del cadavere" (Istituzioni di diritto romano, Milán, 1972, pg. 158).
- (46). DE VISSCHER, "Le droit des tombeaux romains", Milán, 1963, pg. 50.

(47). Ibid., pg. 51

(48). Ibid., pg. 52

(49). DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, Roma, 1959, pg., 290.

(50). DUMEZIL, (*La Religión ramaine archaïque*, Paris, 1974, pg. 369-374) niega no sólo un origen genuinamente romano para un tipo semejante de creencias, sino también el que éstas se hayan introducido en Roma, incluso en época no demasiado antigua (ibid. pp. 373-374) y expone = puntos de vista distintos. Pero en cambio DE FRANCISCI (*Primordia*, cit., pp. 142-149 y 289-295) basándose en abundante bibliografía deduce de las fuentes (en gran parte las mismas que las empleadas por DUMEZIL) consecuencias bien distintas, que pueden acordarse con la posición de DE VISSCHER, aquí reproducida, y acogida. BAYET (*La Religion romaine, histoire politique et psychologique*, Paris, 1976, pp. 73-76), que concuerda con DUMEZIL para las épocas más antiguas, expone algunas etapas de la evolución posterior (en algún aspecto también aludidas por DUMEZIL --loc. cit., pp. 44-45--) y presenta respecto de la época republicana un cuadro de creencias totalmente conforme con la opinión de DE VISSCHER (Cfr, BAYET, *Croyances et rites dans la Rome antique*, Paris, 1971, cap. XV, en esp. pp. 369 y ss). En la época imperial las creencias populares subsisten mezcladas con

elementos filosóficos y religioso-orientales (cfr., = especialmente; TURCAN, REA, 60 (1958), Origines et = sens de l'inhumation à l'époque imperiale , espec. pp. 336-347; BOYANCE, "La Symbolique funéraire des ro- = mains" (recensión a la obra de CUMONT "recherches sur le symbolisme funéraire des romains"), en REA, XLV = (1943), espec. pp. 293-295; BAYET, La religion romaine, hist. pol. et psych., cit., pp. 211 y ss.

(51). BAYET, Croyances et rites ..., cit., pág. 370.

(52). BAYET, Croyances et rites, cit. pág. 371.

(53). DE FRANCISCI, Primordia, cit., pp. 272-273. Cfr. tam-
bién DE VISSCHER, op cit., pág. 51.

(54). Véase la exposición de DE FRANCISCI en Primordia, cit,
pp. 272.273.

(55). V. ibid., pp 272.

(56). Es lástima que el tratado "de legibus" de Cicerón nos
haya llegado con una importante laguna relativa a es-
ta materia. En 2,9,22 se lee "Deorum Manium iura =
sancta sunt. ...nos leto datos divos habento". La
laguna es diversamente suplida por los autores: G.
de PLAINVAL propone "humanos" (Cicerón, Traité des
Lois. Ed. Les Belles Lettres, Paris, 1968); D'ORS,

"bonos" (Cicerón, Las Leyes, I.E.P., Madrid, 1970), pg. 138); FERRINI, "sepultos" (De iure sepulchorum apud rom., " cit., pág. 11.)

Aunque el sentido es claro en todo caso, no podemos tener ninguna certeza sobre la palabra exacta empleada por Cicerón, que podría precisar más ese sentido.

- (57). Por eso el fragmento de Ulpiano arriba citado (Dig., 11,7,4) probablemente no haya sido objeto de interpolación, como cree la opinión dominante, pues se ajusta perfectamente a las creencias paganas. Por otra parte, desde un punto de vista técnico-jurídico, la atribución de la propiedad a tan extraño sujeto se encuentra materializada por un "naturaliter" que puede ser suficientemente expresivo. No se olvide, además, que Ulpiano es uno de los jurisconsultos que más atención = ahn prestado al derecho spulcral y funerario y a la = protección jurídica de los cadáveres. V. en este sentido, por ejemplo infra las citas de la nota 85 y los fragmentos a él correspondientes de los títulos "De religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere = liceat" (dig., 11,7), "De mortuo inferendo et sepulchro aedificando" (dig., 11,8) y "De sepulchro violato" (Dig., 47,12), donde la mayor parte de los fragmentos y desde luego los más amplios corresponden a =

dicho jurisconsulto.

Contra esta opinión y a favor de la interpolación en D.11,7,4 está la mayoría de los autores. Cfr. Index Interpolationum, ad h. l. y BIONDI, Diritto Rom. Crist.", II cit. pg. 249-50; BONFANTE, "Corso di diritto romano", II,1 Milán, 1966. pg. 26, nt,2; SCHERILLO, "Lezioni di diritto romano. Le Cose", Milán, 1945, pg. 48, nt.;etc.

Se supone que "mortuum" ha sustituido a "Manes", "dii Manes", "Manes defuncti", "dis Manibus", etc.

(58). SCHERILLO, "Le Cose", cit., pg. 21.

(59). Loc. cit., pág. 21.

(60). Ibid.

(61). BIONDI, "Dir. rom. crist.", cit, II, pg. 251.

(62). Loc. cit., pg.249.

(63). Si bien, en términos generales, debe convenirse con él en que "terminología ed istituti antichi formalmente sopravvivono, ma si assumono con riferimento e significato cristiano ... Questo è uno dei casi più sicuri ed evidenti di duplex interpretatio" (BIONDI, Loc. cit. pg. 252); y en el mismo sentido, aunque con una referencia más amplia, con BONFANTE: "E stato detto più volte, anche con una punta di ironia, che il cristianesimo ha

dato spesso il nome con una parvenza cristiana alle =
cerimonie e agli usi pagani. Dobbiamo dire per verità
che più spesso è vero precisamente il contrario; ~~ci~~
cioè che il cristianesimo ha serbato i nomi e le par-
venze esteriori, infondendo nelle antiche istituzioni
uno spirito nuovo, il quale finisce con il reagire, =
anche sul regolamento giuridico" (Corso di diritto =
romano, II,1, Milán, 1966, pg. 23).

(64). "Commentario alle Pandette", trad. ital., vol. I. pg.
717, nt. 78.

(65). Cfr. BONFANTE, "Corso", cit. II,1, pgs. 23 y 26; VOL-
TERRA, Istituzioni, cit., pgs. 274 y 276-77.

(66). Loc. cit., pg. 340.

(67). Ya SCHERILLO indicaba que en la Nov. 23 encontramos =
"uno stranno miscuglio di idee vecchie e nuove" (Cfr.,
Le cose, cit., p.65, nt.1.

(68). Lo que tampoco es una idea propiamente cristiana. Cfr.,
por lo que se refiere a la cultura romana de esta época
o que haya podido influir en ella, especialmente, BO-
YANCE, "Les Endymions de Varron", en REA., XLI, (1939)
pp.319-24, y también, entre otras las obras BAYET,
BOYANCE Y TURCAN, citados en la nota 50.

- (69). Cfr. Platón, Apología de Sócrates, 40 c - 41 c.
- (70). SENECA, Epist., LXV, 24, p. ej. La afirmación se repite constantemente en la literatura clásica.
- (71). Cicerón, De Amicitia, IV, 13-14. Expone de nuevo este mismo pensamiento en De Senectute, XIX, 66, 67.
- (72). En cuanto al pensamiento de San Ambrosio, v. su Consolatio de obitu Valentiniani, 44-45; y su De excessu fratris sui satyri, I, 70-71. Sobre las reminiscencias socráticas y ciceronianas de su pensamiento, MIGNE, Patrologiae cursus completus ...; Patrologiae Latinae, tomus. XVI, " París, 1880, col. 1369, nt. 87.
- (73). SCHERILLO, Le Cose, cit., pág. 22.
- (74). Y ello no sólo por lo que se refiere a la época pagana, sino también a la cristiana. A pesar de las protestas de BIONDI (loc. cit., pág. 249), cfr. las notas de BONFANTE a la trad. it. de WIDSCHEID (Diritto delle Pandette).
- (75). V. el abundante elenco bibliográfico citado por FADDA y BENZA en sus notas a la traducción italiana de WIDSCHEID, (Dir. Pandette, cit. (Torino, 1902), vol. I, 1, pp. 612-613).
- (76). Loc. cit., págs. 612 y sgts.
- (77). Ibid., pág. 612.
- (78). Loc. cit., pág. 614. Esta misma concepción está en la base del pensamiento de DE CUPIS ("I Diritti della per-



sonalità". Milano, 1959, pg. 168 y ss.) por lo que se refiere al derecho moderno, aunque este autor admite, naturalmente, la disposición del propio cadáver para = fines altruistas (estudios anatómicos, experimentos = científicos, trasplantes terapéuticos).

- (79). Notas a la trad. it. de GLUECK, "Commentario alle Pandette", vol. XLI, pg. 45, nota --20 de la pg. 44.
- (80). Dig. 11,7,2, pr.; 8, pr.; 31,1; 38; 39 y 40 Dig. 47,12, 3,4.
- (81). Cfr. "Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts", s.v. "detinere", donde se citan ambos fragmentos para ilustrar la significación de detinere que se indica en su apartado 1) ="festhalten, zurückhalten, aufhalten".
- (82). En su versión castellana del DIGESTO, ed. Aranzadi, Pamplona, en la traducción de ambos fragmentos.
- (83). Teoría della Proprietà nel diritto romano", vol. I, Roma, 1928, pgs. 33-36.
- (84). Ibid., pg.34.
- (85). V.P. ej Dig. 47,10,1,4; 47,12,3,4,; 47,12,8.
- (86). FADDA y BENSA p. eje. opinan en sentido contrario. V. sus notas a la traducción italiana de WINDSCHEID, Pandette, cit. I,1, pg. 626.

- (87). Según la reconstrucción de BAVIERA en "Fontes Iuris Romani Anteiustiniani", Pars Altera, Florencia, 1968. SCIALOJA (loc. cit., p. 35) los reproduce con alguna variante mínima.
- (88). Loc. cit., págs. 35-36.
- (89). Loc. cit., pág. 35. En el mismo sentido, p. ej., KASER, RPR., I, p. 163, considera el instituto de derecho privado como paralelo a la "völkerrechtliche == noxae deditio". V. También IGLESIAS, op. cit., p. 494.
- (90). SCIALOJA, op. cit., pág. 35.
- (91). No es posible entrar aquí con detalle en este tema. Sobre él V. principalmente BIONDI, *Actiones Noxales*, en An. Palermo, X, 1925; y DE VISSCHER, *Le Régime romain de la noxalité*, Bruselas, 1947.
- (92). Cfr. SERAFINI, "Instituciones de Derecho Romano", trad. esp. de TRIAS, Barcelona, s.a., vol II, p. 54; HERNANDEZ-TEJERO, "Derecho Romano", Madrid, 1959, págs., = 395-396; IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 355. Contra esta opinión, V. últimamente, PUGLIESE, "Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta == del colpevole nel regime della noxalità", en St. Albertario, especialmente, págs. 258 y ss.
- (93). BETTI (Ist., cit., II, 1, p. 507) lo ha expresado con gran vigor. También FERRINI (Manuale di Pandette, 4ª ed. al cuidado de GROSSO, Milán, 1953, p. 432; OURLIAC-DE MALAFOSSE, *Dº Romano y Francés Histórico*, I, Barcelo

na, 1960, p. 570-571; DECLAREUIL, Roma y la Organización del Derecho, Mejico, 1958, p. 152-153; D'ORS, D^e Privado Romano, Pamplona, 1968, pgs. 236-237.

(94). Le Cose, cit., pg. 21.

(95). Cfr. DE VISSCHER, Op. cit., pg. 53.

(96). Es ocioso recordar que en las fuentes romanas la palabra homo sirve para designar tanto al libre como al esclavo. V. por todos HEUMANN-SECKEL, Handlexikon, cit., s.v. homo

(97). Cfr. DIGESTO, cit., vol. III, Pamplona, 1975, pgs. 507-508. Y en el mismo sentido se pronuncia GARCIA DEL CORRAL, Cuerpo del Derecho Civil Romano, Barcelona, 1889-1898, vol. 3., pg. 545

(98). DE ZULUETA adopta una postura poco definida, pues, por una parte afirma que "in the event of a gladiator being Killed and sale commig into effect, the res will already have perished or be nothing but a corpse" (Commentary, cit., pg. 174), pero ésta es una de las causas por las que entiende que la solución dada en el texto "is open to criticism" (ibid), y no hace más comentarios ni aclara más su pensamiento. (Cfr. Commentary, cit pg. 174).

(99). V., p. ej., infra, pg. 116 y ss.

- (100). THOMAS, loc. cit., pgs. 155-156.
- (101). ibid, pg. 153.
- (102). V. "Zur Klassizität des periculum emptoris", en ZSS, 24 (1928) pg. 335.
- (103). ibid. pgs. 356-367.
- (104). SOLAZZI, "Saggi di critica romanistica. III: Un tipo = nuovo di "condicio" in Gai III, 146", BIDR., 49-50, (1947-48), p. 353.
- (105). "Gai III, 146 e la retroattività della condizione", en SDHI, 9 (1943), pgs. 290-291.
- (106). Bollettino, cit., después incorporado a "El problema de la retroactividad de la condición", en Studi VOLTERRA, III, pgs. 161-66.
- (107). Vid. MASI, "Studi sulla condizione nel diritto romano" Milán, 1966, pg. 152.
- (108). GROSSO, loc. cit. pgs. 290-291, al que corresponden = también todas las citas de este autor que se hacen a = continuación, sin indicación de procedencia.
- (109). Sobre la retroactividad de la condición se volverá más adelante.

- (110). Cfr. CALONGE, Bollettino (en lo sucesivo Boll.), cit., pg. 21 y ST. VOLTERRA, III, cit., pg. 164.
- (111). Ya se aludirá a otros aspectos del pensamiento de CALONGE, que serán tomados en consideración en su lugar oportuno.
- (112). Boll., pg. 20.
- (113). Expuesta en BIDR., cit, pgs. 350 y ss.
- (114). Sobre la genuinidad del texto, v. intra pgs. 96 y ss. La genuinidad del texto veronés será objeto de estudio más adelante, Aquí se está estudiando la tesis que sostiene la existencia de condiciones con efecto retroactivo en el caso de los gladiadores, como expediente para obviar las dificultades suscitadas por el carácter = inkomerciable del cadáver y, en consecuencia, de su falta de idoneidad para ser objeto de un contrato de compra-venta.
- (115). St. VOLT., p. 165; Boll, 22
- (116). en "Locatio-Conductio", Wien-München, 1956. pp. 72-74
- (117). "Ricerche in tema di locazione", BIDR., 62 (1959), p. 9 y ss.
- (118). St. volt., 163-64; Boll., 20.
- (119). St. Volt., 163; Boll., 20.

- (120). THOMAS, por ejemplo, de cuya opinión ya se ha hablado antes (V. supra pg. 40 y ss), considerando el problema de la condición, al pasar revista a algunos de los problemas de lo que el considera una discusión puramente académica en torno a una decisión jurisprudencial basada en criterios puramente prácticos (cfr. THOMAS, loc. cit. pp. 152 y 155-56)), estima que "of course, in our case, if there be a condition its effect is certainly retroactive, going to determine which contract was made in respect of each gladiator" (ibid., pg. 154).
- (121). Aunque sin ignorar otros aspectos del mismo. Cfr. MASI, op. cit., pg, nt. 151.
- (122). MASI, op. cit., pg. 153.
- (123). Cfr. ARCHI, *Il Negođio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*", en Studi BETTI, II, Milán, 1962, pg. 53.
- (124). Ibid, pgs. 152-153.
- (125). Cfr. supra, pg. 40 y ss.
- (126). Cfr. infra, sobre la genuinidad del texto pg. 96 y ss.
- (127). Primero en 1922, cfr. "Miscellanea critica. In diem addictio", ZSS, 43, correspondiente a dicho año, pg.

435, nt. 2, donde se lee: "Freilich gibt es auch im klassischen Rechte rückwirkende Bedingungen: Gai 3, 146. wo offenbar Rückwirkung gemeint ist". y Luego en "Einzelne Stellen", ZSS, 47 (1927), pg. 357.

(128). Cfr. supra, pg. 6 y ss.

(129). Así se deduce de su expresa afirmación, como en el caso de CALONGE, por ejemplo, o del tratamiento mismo del tema en otros casos.

(130). St. VOLT., cit., pgs. 143-172. "Conclusiones" en pp. = 170-72.

(131). "Studi...", cit., pp. 109-161 y las "considerazioni = conclusive", pp. 195-207. Hay que destacar, sin embargo que este autor entiende que "mi sembra si deva dunque concludere che anche per quanto riguarda la stipulatio e la emptio-venditio i giuristi classici non erano orientati nel senso dell' efficacia retroattiva = della condizioni" (ibid., p. 154).

(132). Cfr. "El Negocio jurídico en D^o. romano", cit., pp. = 27-28, 24 y 25 texto y notas y pp. 38 y 39.

(133). Derecho Romano, cit., pg. 161.

(134). IURA, XI, cit., pg. 309.

(135). V. un excelente resumen en MASI, loc. cit. p. 1 y ss y CALONGE, loc. cit., pp. 143 y ss.

- (136). Cfr. supra., pg. 4 y ss.
- (137). V. supra, pg. 17 y ss. (especialmente).
- (138). Cfr. supra pg. 40 y ss.
- (139). Cfr. BIONDI, "Obbietto e metodi della scienza giuridica romana" /aparecido primero en "Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini ... Pavia", Milano, = 1943, pp. 203-249 y recogido después en los SCRITTI GIURIDICI de BIONDI, vol. I, Milano, 1965, pp. 99-145), citado aquí por la traducción española de LATORRE, en BIONDI, "Arte y ciencia del derecho", Barcelona, 1953, pg. 59.
- (140). op. y loc. cit.
- (141). ibid., pg. 58
- (142). ibid., pg. 59
- (143). Sobre si la ficción ha de considerarse como un medio de la técnica jurídica o de la lógica jurídica, v. = LORCA NAVARRETE, "El Derecho Natural hoy. A propósito de las ficciones jurídicas", Madrid, 1976. El autor resume su posición al respecto en el capítulo 4.3, "Las ficciones jurídicas. Recapitulación sobre su naturaleza jurídica", pp. 99-104.

- (144). Cfr. "L'esprit du Droit romain", trad, francesa, vol. IV, Paris, 1878, pg. 295.
- (145). Cfr. GARCIA GARRIDO "Sobre los verdaderos límites de = la ficción en derecho romano", AHDE 27-28 (1957-58), pp. 305 y ss., donde se contiene, además de la posición = del autor (en esp. pp. 309-311), una exposición del es = tado de la cuestión (pp. 305-309). V. también LEGAZ, "Filosofía del Derecho", 2ª ed., Barcelona, 1961, pgs. 69-77, la exposición y la bibliografía citada por PEREZ DE AYALA, José Luis, en "Las ficciones jurídicas en el derecho tributario, Madrid, 1970, que dedica las pági = nas 15 a 26 a determinar el concepto de ficción. V., además PUGLIATTI, voz "finzione" en Eñ D., 658 y ss. y COLACINO, voz FICTIO IURIS, en NNDI., vol. VII, pp. 269 y ss.
- (146). Filosofia del Derecho, cit. pag. 70.
- (147). GARCIA GARRIDO, loc, cit., pg. 307.
- (148). Cfr. a este respecto, IHERING, L'Esprit, cit. vol. IV, pp. 294-296.
- (149). Sobre la idoneidad de los auctorati para ser objeto de una compraventa, v. infra, pg. 79 y ss.
- (150). L'Esprit, cit. IV, 293.

- (151). Que es precisamente una calificación que IHERING aplicó a las ficciones jurídicas. Cfr. loc. cit., IV, pg. 295.
- (152). Cfr. en este sentido, Ihering, loc. cit., pg. 292, a propósito de las ficciones jurídicas.
- (152 bis). St. Volterra, 163; Boll., 20.
- (153). Cfr. la definición de ficción propuesta por LEGAZ, supra, pg. 55; V. IHERING, L'Esprit..., cit. IV, 296 y la definición de ficción de derecho que da ESCRICHE en su clásico "Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia": (Madrid, vol. 3, 1847, pg. 790). "Una = suposición que hace la ley dando a una persona o cosa una calidad que no le es natural, para establecer en = su consecuencia cierta disposición que de otro modo pa = recería repugnante".
- (154). Cfr. L'Esprit..., cit. IV, pp. 296 y 298.
- (155). Cfr. Ibid., pg. 295, donde se lee: "la fiction ... mérite, comme l'acte apparent d'être nommé un mensonge technique consacré par la nécessité". (El subrayado es del original).
- (156). Cfr. L'Esprit, cit., III, 72.
- (157). Dice así: Videamus an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta hypoteca data sit, quæ penden-

te alius credidit pure et accepit eandem hypothecam, =
tunc deinde prioris stipulationis existat condicio, =
ut potior sit qui postea credidisset. Sed vereor num
hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio = =
exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore quo =
stipulatio interposita est, sine condicione facta =
esset. Quod et melius est".

- (158). V. la postura de CALONGE con excelente bibliografía y estado de la cuestión en St. VOLT., cit., pp. 147 y ss. A propósito del mismo texto, cfr. también MASI, op. cit., pp. 110 y ss.
- (159). Il negozio sotto condizione sospensiva ..., cit., pág., 49.
- (160). GARCIA GARRIDO, AHDE, 27-28, cit., p. 307, la considera como propia de la existencia analógica y no de una ficción en sentido estricto. D'ORS (Derecho Privado Rom., Pamplona, 1968 p.85) acoge esta conclusión de GARCIA GARRIDO.
- (161). Esta se halla dividida al respecto. Cfr. Indl. Itp., ad h.l. y CALONGE y MASI en los lugares citados en la nota 158, donde se mencionan además los autores partidarios de la genuinidad del texto, que constituyen también otro importante sector.

(162). V. loc. cit., pp. 48-49.

(163). Ibid., p. 49.

(164). St. VOLT., p. 149.

(165). Véanse, a título de ejemplo; PUGLIATTI, voz "Finzione" en E.d.D. espec. pp. 660 y 662 y ss. y COLACINO, voz "Fictio iuris" en NNDI, VII, pp. 269 y ss.

(166). Como sucede, por ejemplo con el de analogía, o de extensión analógica, de la que se hablará más adelante. Se trata de un medio conocido, mencionado y estudiado por los retóricos y ampliamente empleado, por los jurisconsultos romanos, quienes, sin embargo, no se refieren a él de modo explícito. Sobre la analogía, entendida en unos casos como medio para suplir las lagunas legales del ordenamiento, en otros como instrumento de creación de la interpretatio jurisprudencial romana, cfr. esp. SAVIGNY, Sistema del derecho romano actual, trad. esp. de J. MESIA y M. POLEY, Madrid, s.a., 2ª edi., vol.I, pgs. 231 y ss., en esp. 232, nt. 1; BOBBIO, voz "Analogía" en NNDI, I, pp. 601 y ss.; G. GARRIDO, op. cit., p. 311, nt.; STEINWENTER, Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie, St. Albertario, II, pp. 105 y ss. = quien sin embargo, por razón de su concepción de la analogía niega su aplicación por los jurisconsultos romanos.

- (167). Sobre las diferencias de la doctrina respecto al concepto de ficción, cfr., no obstante, G^a GARRIDO, loc. cit.
- (168). V. supra, pg. 52.
- (169). El subrayado es nuestro.
- (170). cfr. El negocio jurídico, cit., pg. 27
- (171). cfr. esp. LEGAZ, op, cit., pp. 76 ; LORCA NAVARRETE, op. cit., pp. 71 y ss. ; PUGLIATTI, loc cit . pp. 659.
- (172). Cfr. en este sentido BETTI, Istituzioni di diritto romano, I, Padova, 1947, pg. 92.
- (173). Cfr. ibid.
- (174). Ibid., pg. 206.
- (175). V. CALONGE, St. Volt. pp. 150 y ss. y la bibliografía allí citada y, en sentido diverso, MASI, op. cit., pp. 154 y ss.
- (176). V. BETTI, Ist., I, cit., p. 93.
- (177). Cfr. en este sentido, G^a GARRIDO. op. cit. pass., v. en esp. pp. 310-311; COLACINO, loc. cit.; sigue también este criterio entre otros D'ORS, Derecho Privado Romano, Pamplona, 1968. p. 85.

(178). Cfr. CALONGE, St. Volt., 149, nt., 22, que remite a G^a GARRIDO en el lugar citado en la nota 160 de esta tesis.

(179). Al menos por lo que se refiere al derecho clásico. = Respecto del justiniano, ARCHI (que, como se ha dicho afirma la irretroactividad para el d^o clásico y cree que la retroactividad se introdujo en la época justiniana a través de interpolaciones en los textos clásicos) dice que "in realtà nei testi classici alterati ... la retroattività viene introdotta direi d'imperio" (loc. cit., pg, 49), afirmación que podría llevarnos a implicaciones a que hay que renunciar aquí.

(180). Cfr. Op. cit., pg. 85.

(181). " La ficción aparece como un atributo de un acto de autoridad al que no era posible llegar en vía de interpretatio. Por ello en las elaboraciones jurisprudenciales, la ficción se traduce en una asimilación de supuestos o circunstancias". G^a GARRIDO, op. cit., pg. 311.

(182). Esto es algo suficientemente admitido. De una manera especial ha insistido sobre este punto BIONDI ("Interpretatio prudentium e Legislazione" en Scritti Giur., cit., vol. I. pp. 323-365, passim), aunque luego haya expresado puntos de vista que puedan considerarse =

diferentes (Cfr., p. ej., las frases correspondientes a su "Objeto y Método de la Jurisprudencia romana", reproducidas supra, págs. 53-54).

(183). Pensamos en el trabajo de KASER, Zur Methode der römischen Rechtsfindung (trad. esp. de MIQUEL, "En torno al Método de los juristas romanos", Valladolid, 1964); y también, principalmente, en las obras de VIEHWEG, "Técnica y Jurisprudencia", trad. esp. de DIEZ PICAZO, Madrid, 1964; y en la de ESSER, "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado, = trad. esp. de VALENTI FIOL, Barcelona, 1961.

(184). V. a este respecto, especialmente, MARTINI, Le Definizioni dei giuristi romani, Milán, 1966 y CARCATERRA, Le Definizioni dei giuristi romani, Metodo, Mezzi e Fini, Nápoles, 1966.

(185). V. BOBBIO, loc. cit., especialmente, págs 602-603 y 605.

(186). Reproducidos supra, pág. 38.

(187). Paulo, Dig., 1, 3, 16.

(188). Cfr. ORESTANO, Ius singulare e Privilegium, en Annali della R. Università di Macerata, 11 (1937), págs. 48 y



y ss.. Y en sentido afirmativo; ROBLEDA (*Ius Privatum Romanum*, I, *Introductio*, Roma, 1960, pg. 181 y ss.) y ALVAREZ SUAREZ, (*Curso*, cit., pg. 89).

(189). KASER. En torno al método..., cit., pg. 35

(190). Cfr. los autores citados en Ind. Intpp. ad h.l. y respecto de Dig. 45,1,83,5, últimamente CANNATA, *Per lo studio della Responsabilità per Colpa del Diritto Romano Classico*, Milán, 1969, pgs. 50 y ss. y especialmente, 73, nt.1. y 75, nt.1. En sentido distinto se pronuncia BIONDI respecto de Dig., 18,1,34,2, donde cree ver una invocación al fas motivada por los nuevos principios cristianos (V. Dir. Rom. Crist., cit., II, pgs. 93 y 421).

(191). Cfr. Ind. Itp. ad. hh. 11

(192). "Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes?".

(193). "Dies vel Condicio", BIDR., 27 (1915), pg. 212, nota

(194). Ibid., pg. 213, nota.

(195). No parece necesario entrar ahora aquí en detalles acerca de la complicada y polémica problemática que = puede suscitarse con motivo de las afirmaciones contenidas en todo el fragmento 83,5 de Dig., 45,1, pues

no afectan en realidad al argumento que arriba se expone. El objeto de la compraventa considerada en Gayo, 3,146 serían, en todo caso, los cadáveres de los gladiadores, y no gladiadores vivos, que, eventualmente, pudieran morir.

- (196). V. por todos BISCARDI, "Nozione classica ed origine dell' "auctoramentum"", en Studi de Francisci, IV. pp. 110 y ss. y en especial, 111 y la bibliografía allí citada.
- (197). Periculum emptoris, en ZSS., 60 (1940) pg. 63.
- (198). ibid. p. 64 (Hemos subrayado la expresión que aquí interesa destacar).
- (199). Aparte de la audaz posición de BISCARDI (loc. cit., pp. 116 y ss), v., por todos, recientemente, ALVAREZ SUAREZ, Instituciones de Derecho Romano, III, "Personas físicas y colectivas en el derecho romano", Madrid, 1977, pg. 110 y ss.
- (200). Cfr. ALVAREZ SUAREZ, loc. ult. cit., especialmente p. 112; BISCARDI, loc. cit. pg. 121, nt., 1; y también ARANGIO-RUIZ, al que se remite BISCARDI.
- (201). Cfr. ALVAREZ SUAREZ, ibid., pg. 113; BISCARDI, loc. cit., pg. 121.

- (202). Cfr. supra, pg. 74 y ss.
- (203). Cfr. D'ORS, Epigrafía, cit., pg. 58. (MOMMSEN, (loc. cit., pg. 524-525), no alude a esta clase de gladiadores).
- (204). HEUMANN-SECKEL (Handlexikon, cit., s.v. Dehilitare) atribuyen a ésta palabra en Gayo 3,146 el significado de "Verstümmeln, lähmen, schwächen"; de manera semejante se pronuncian ERNOUT-MEILLET, (Dictionnaire étymologique de la Langue Latine, Paris, 1967, s.v. debilis: "infirmo, estropié, débile".)
- (205). Cicerón, Topica, 12,51
- (206). Cfr. MOMMSEN, loc. cit., pg. 523-24, especialmente, nt 5 de la pg. 523.
- (207). Cfr. D'ORS, Epigrafía, p. 59-60 y MOMMSEN, loc. cit., p.525.
- (208). A propósito de ello, V. D'ORS, loc. cit., pg. 60
- (209). ARANGIO-RUIZ, IURA, cit., pg. 308, habla de "quel contratto misto" y de "cumulo dei due contratti di locazione e di vendita". Cfr. también THOMAS, loc. cit., pg. 151 y MAYER-MALY, op. cit., pg. 73, citando a BECHMANN.

- (210). Sobre esta calificación, v. por todos MASCHI, *Il Diritto Romano. I. La Prospettiva Storica della Giurisprudenza Classica*. Milano, 1966, pgs. 286 y ss.
- (211). Cfr. GANDOLFI, "Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano". Milán 1966, pp. 332-333, V. también *ibid.*, pp. 333-334, con explícita referencia a Gayo, 3,146.
- (212). V. supra, pgs. 42 y ss.
- (213). *Sale and Hire*, *cit.*, pg. 4.
- (214). Cfr. *Zur Klaszität*, *cit.*, pg. 335.
- (215). "Unterliegens im Gladiatorenkampf", cfr. *ibid.*
- (216). *Periculum Emptoris*, *cit.*, pg. 64
- (217). Cfr. supra pg. 6 y ss.
- (218). Cfr. *Contratto e Stipulatio*, Milán. 1953, pg. 89
- (219). V. *Il sistema romano dei contratti*, Turín. 1963, (3ª ed.), pg. 152.
- (220). V. SOLAZZI, *BIDR.*, *cit.*, pg. 353.
- (221). VI. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 5ª ed., Nápoles 1976, pg. 846, nt.

(222). Cfr. Op. cit., ibid.

(223). V. las dudas de SOLAZZI a propósito del valor que haya de atribuirse al plerisque placuit de Gayo, 3, 147 en "Due note alle Istituzioni di Gaio" en Atti Verona, III, pg. 318, y a propósito de todo el fragmento, ibid., pg. 315 y ss. PRICHARD, en cambio, abriga las mismas dudas (que la expresión esconda únicamente el reflejo de la opinión sabiniana) acerca del magis placuit de 3, 146 y lo contrapone al plerisque placuit de 3, 147, al que considera como = expresivo de la opinión de la mayoría (Cfr. Sale and Hire. cit., pg., 3).

(224). Sobre esta calificación v. 210.

(225). Cfr. SOLAZZI, un tipo nuevo... cit., pg. 350, nt. 38

(226). Así DORS, Gayo, Instituciones, Madrid 1943; Seckel-Kubler, *Gayus. Institutionum commentarii*, Lipsiae, = s.a. p. 306; De ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, I Oxford 1946, p. 198; Girard-Senn, *Textes de Droit romain*, I Paris 1967, p. 152; KNIEP *Gai Institutionum Commentarius Tertius*, Jena 1917, p. 31, nts. 1 y 3. Mantienen el an y el veniri KRUEGER y STUDE--MUNT, *Gai Institutiones*, Berlin 1900, p. 135; POSTE o.c. p. 372; REINACH, *Gaius, Institutes*, Paris 1965, p. 120; Girard, *textes de droit romain* (5ª ed.) Paris 1923; corrige el an por aut pero mantiene veniri, = David, *Gai Institutiones*, Leiden 1948, p. 101.

(227). Cfr. ibid. p. 352.

(228). St. VOLTERRA, cit., p. 165

(229). SOLAZZI, loc. cit., pg. 352.

- (230). GROSSO, Gai, III, 146 ... cit., pg. 290. Con cierta indiferencia parece admitir también la alteración en cuanto a esta frase THOMAS, loc. cit., p. 154.
- (231). Que parece admitir CALONGE, St. VOLTERRA, 165.
- (232). Istituzioni di diritto romano, cit., I, 155, nt.1.
- (233). Loc. cit., p. 352.
- (234). Cfr. CALONGE, St. VOLTERRA, 165
- (235). Un tipo nuovo di condicio, p. 352.
- (236). Loc. cit., p. 352.
- (237). Cfr. Negocio Jurídico., cit., p, 15 y ss.
- (238). V. también en este sentido. aunque desde otra perspectiva, dentro de esta semejanza, PRICHARD, loc. cit., pg. 3.
- (239). THOMAS, loc. cit., p. 155, se pregunta precisamente si Gayo habría querido explicar la decisión de 3,146 como contraria a la de 145 y 146.
- (240). Cfr. CALONGE, St, VOLTERRA, 165 nt. 71.
- (241). Cfr. MASCHI, II Diritto romano, I, La prospettiva, cit., pp. 282-283. y también THOMAS, loc. cit., pg. 115, en especial, nota 24.

- (242). Sale and Hire, cit., pg. 1. Cfr. también las pág. 7 y 8. En la primera de ellas se lee: "As a mental exercise it is all most stimulating, but as a practical question it could hardly have existed".
- (243). Ibid. pg. 2
- (244). Ibid. pg. 1
- (245). Ibid. pg. 2
- (246). Cfr. PRICHARD, loc. cit., pg. 2 y supra, pg. 17 y ss.
- (247). V. supra, pg. 6 y ss.
- (248). Cfr. ibid.
- (249). V. PRICHARD, Sale and Hire, pp. 6-7.
- (250). Loc. cit., p. 7.
- (251). IURA, 11, cit., p. 308.
- (252). Boll. p. 19. ST. Volterra. p. 162.
- (253). Il Diritto Romano, I., pgs. 282-283 y 287
- (254). Gaius and the gladiators, cit., p. 152
- (255). Gesammelte Schriften, VIII, cit., p. 526, nt.5.
- (256). BIDR., cit., p. 353

- (257). Epigraffa. cit. pg. 59.
- (258). Locatio Conductio, cit., 73, donde acoge y sigue la opinión de MOMMSEN.
- (259). Loc. cit., pg. 308.
- (260). Cfr. St. Volterra, p. 162.
- (261). Gaius and the gladiators, cit., p. 155.
- (262). Para toda esta argumentación, v. THOMAS, loc. cit., pg. 152.
- (263). V. supra, pg. 12 y 105 y Sale and Hire, pg. 2.
- (264). V. supra, sobre la genuinidad del texto, pg. 86 y ss. especialmente 88 y ss.
- (265). Cfr. BIDR., cit., pp. 352-353.
- (266). Loc. cit., p. 352.
- (267). V. infra al tratar del problema de la condición,
- (268). BIDR., cit., 352-353.
- (269). Ibid., p. 352.
- (270). V. infra la referencia a su interpretación del fragmento pg. 121 y ss.
- (271). SOLAZZI, loc. cit., p. 353.

- (272). Además del tono general y del discurso de su razonamiento, termina su trabajo con estas palabras: "Ora attendiamo che gli ammiratori del codice veronese sudino ad inculcare la genuinità di "idque...possint" e pro sudore non lesineremo le nostre congratulazioni" (loc. cit., p. 353).
- (273). V. THOMAS, loc. cit., pg. 153.
- (274). V. supra, las reflexiones sobre la genuinidad del = fragmento, pg. 86 y ss.
- (275). Cfr. THOMAS, loc. cit., pg. 155.
- (276). Para todo ello v. THOMAS, loc. cit., pgs. 155 y 156
- (277). Cfr. ibid., 156 y supra, pg. 6
- (278). V. supra en especial pg. 7
- (279). V. SOLAZZI, BIDR., cit., pg. 352.
- (280). Por ejemplo respecto de 3,147, v. supra, págs 85 y ss.
- (281). "Again there would be abundant justification elsewhere for such analogising by Gaius", THOMAS, loc. cit., pg. 156. Cfr. también 155.



(282). V. supra. pgs. 12 y 6-7.

(283). V. op. cit., pg. 153.

(284). V. supra: sobre HAYMANN, pgs. 41 y ss; sobre SECKEL-LEVY, p. 14 y 48.

(285). V. supra, pgs. 42 y ss.

(286). Locatio conductio, pg. 73

(287). Respecto de la condición en general, v. supra, pg. 41 y ss. sobre la cond. con eficacia retroactiva pgs. 43 y ss.

(288). St. VOLTERRA, p. 166; (Boll., p.23)

(289). St. Volterra, p. 165; (Boll., pg. 22)

(290). THOMAS, loc. cit., p. 153.

(291). V. supra, pgs. 44 y ss.

(292). V. supra, pg. 4 y ss., en especial 6 y ss.

(293). V. supra pg. 9.

(294). "Is it then to be treated as a conditional sale, the condition being that the gladiator die?; and, if so, why should not the locatio equally be from the beginning (as Gaius would seem to indicate) conditional, the condition being that the gladiator live?", THOMAS, loc. cit., pg. 154. Recuérdese la considera-

ción de THOMAS, que se acaba de mencionar, acerca del mecanismo de la compraventa en la construcción de CALONGE.

(295). Cfr. supra pg. 8.

(296). *Observationes epigraphicae*, cit., (*Ges. Schrift.*), 8 p. 526, nt. 5): "quod ait Gaius 3,146... magis locationem factam videri, scilicet sub condicione, quam emtionem, iuris rationi recte respondet, sed haec contrahendi forma recedit a solita; nam gladiatores muneri superstites non lanistae fuisse, sed editoris ostendit ... (cita varias fuentes). Fortasse ipsa illa controversia inde nata est, quod alii iuris = auctores eiusmodi contractum magis ita interpretabantur, ut essent amptiones duae, altera editoris a lanista nulla condicione suspensa, altera lanistae ab editore sub condicione facta".

(297). *Locatio Conductio*, cit., 73-74.

(298). No puede asimilarse a esta conjetura el pensamiento de D'ORS que, comentando también el Sc. de sumpt. lud. glad. min., al exponer las distintas condiciones posibles de los gladiadores afirma que "también podría actuar comogladiador un esclavo alquilado = (se entiende a condición de salir libre --sic--,

cfr. Gayo 3,146, aunque no era eso lo corriente...;

Cfr. Epigrafía Jurídica..., cit., pg. 58.

- (299). V. sobre esta expresión SOLAZZI, loc. cit., p. 353, nt. 51. También sospecha que "pro sudore" sea post-gayano.
- (300). Cfr. ALVAREZ SUAREZ, El Negocio jurídico, cit., pg. 29.
- (301). Cfr. ALVAREZ SUAREZ, El problema de la causa en la tradición cit., p. 15.
- (302). The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge, 1931, pg. 251.
- (303). Para todo ello v. AMIRANTE, BIDR., cit., pg. 56.
- (304). CALONGE, St. Volt., pag. 163.
- (305). La mayoría de las cuales ya se han mencionado: venta de cadáveres, o de hombres libres, atribución de gastos, etc.
- (306). Cfr. KRUECKMANN, Periculum eptoris, en ZSS. 60 (1940) p, 64.
- (307). "die Konstruktion des Gaius, durch die sich auch die modernen Juristen haben in die Irre Führen lassen,

ist ein unbehilfliches Verlegenheitserzeugnis, weil die Versicherungshaf-tung als Begriff den Römern noch nicht bekannt war". V. loc. cit., pg. 63.

(308). "Der Gedanke, dass es vom den Ausgang des Fechtens abhängt, ob verkauft oder vermietet sei, ist verzwick't und künstlich. In Wahrheit handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Versisicherungshaftung". Ibid., p. 62.

(309). Ya se ha visto antes, por ejemplo qué cauce jurídico propone SOLAZZI, dentro de esta misma línea.

(310). Cfr. afirmando que lo hace, CALONGE, St. Volt., 163.

(311). Krückmann, loc. cit., pg. 64.

(312). Locatio Conductio , pg. 73, nt. 29

(313). Loc.ult.cit,pg.73. El subrayado es del original.

(314). En contra de esta finalidad se pronuncia PRICHARD, que, sin embargo, parece contradictorio: "for one thing death or maiming was not just a possibility requiring insurance. ... However much the gladiators might consider the case of death or maiming as a mere possibility, the lanista and the games-giver must have considered it virtually an even =

- chance" (Sale and Hire, p. 2-3).
- (315). V. IURA, 11, cit., pg. 308.
- (316). V. Ibid., p. 309, y supra pg. 7
- (317). V. ARANGIO-RUIZ, loc. cit., pg. 308.
- (318). Ibid.
- (319). Ibid, pg. 309.
- (320). Das römische Privatrecht, I, cit., pg. 565, nt. 24.
("Das Verhältnis ist, wenn sie unversehrt bleiben,
loc. cond., andernfalls Kauf: der Uebernehmer trägt
die Gefahr, er mus die Schätzsumme bezahlen, auch
wenn sie schuldlos verletzt werden oder zugrundegehen
Gai. 3,146; analog Paul. D. 19, 2,54,2:").
- (321). "Paulus respondit, servum, qui aestimatus colonae
adscriptus est, ad periculum colonae pertinere et
ideo aestimationem huius defuncti ab herede colonae
praestari oportere" (D. 19,2,54,2, : Paulo, libro
V responsorum).
- (322). Contrato e Stipulatio, Milán, 1953, pgs. 88-89.
- (323). BIONDI configura el supuesto como "venta o arrendamiento
recíprocamente bajo condición".

- (324). En un sentido semejante se pronuncia FAIREN aunque sin manifestar que se fueren los límites de los = tipos. V. sus notas a OURLIAC-J. DE MALAFOSSE, *oc*, I, 125
- (325). Diritto Privato Romano, Nápoles, 1976, pg. 846, nt.
- (326). V. supra pg. 110 y PRICHARD, loc. cit., pgs. 6-7.
- (327). Sobre ella V. últimamente MASCHI, La Categoria dei e contratti reali, Milán, 1973, pfs. 46 y ss. y por lo que aquí interesa, especialmente, 64 y ss.
- (328). Cfr. Senatusconsultum de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis, 30 y ss. MOMMSEN, loc. cit., pg. 528 yss y D'ORS, Epigrafía ..., cit., pg. 50 y ss.
- (329). V. especialmente KRUECKMANN, loc. cit., p. 62; = PRICHARD, loc. cit., p. 4 y THOMAS, loc. cit., = pgs. 152.
- (330). V. supra pg. 85.
- (331). Cfr. Sale and Hire, cit., pg. 4.
- (332). Esta desproporción entre la renta y el precio también la observa D'ORS (Epigrafía..., cit., pg. 50).
- (333). D'ORS, Epigrafía, pg. 50.

- (334). Para todo ello, cfr, las ll. 30 y ss del Sc. y D'ORS, Epigraffa, pg. 50.
- (335). V. ll. 27 y ss del Sc. y D'ORS, Epigraffa, 48 y = MOMMSEN, l.c., pp. 508 y ss.
- (336). La época del Sc. es aproximadamente la misma de Gayo. V. D'ORS, Epigraffa, p.40 y MOMMSEN loc.cit.507-8
- (337). El Sc. (ll. 37 y ss.; v también D'ORS, Epigraffa, 51-52) establece que en cada día de los juegos deberían internevenir igual número de gregarii y de meliores. Ya se ha indicado que no ha de pensarse que el Sc. fuera necesariamente de aplicación a los juegos que se refiere Gayo, 3,146, pero, aunque así fuera, el valor constante de los gregarii, establecido entre 1000 y 2000 HS., haría descender considerablemente "el valor medio" de "un gladiador".
- (338). Sobre este texto, v. infra especialmente pg. 254.
- (339). V. supra, pgs. 99 y ss.
- (340). V. supra, nota 210.
- (341). Cfr. p. ej., Dig. 18,1,79, y a propósito de él, y de otras cuestiones relacionadas, infra, pgs. 391 y ss.
- (342). Cfr. MASCHI, La Categoria,..., cit., pgs, 64 y ss. especialmente 66-67.

- (343). Superficie e Negozio costitutivo, en Studi BETTI, II, p. 399, nt. 48, donde concretamente se pronuncia respecto del fragmento, que aquí estamos estudiando. V. ibid., p. 398, donde se refiere en términos generales a los fragmentos 145 a 147.
- (344). Cfr. MASCHI, Il Dir. Rom., cit., p. 243
- (345). Es expresión de SCHULZ, I Principii del Diritto Romano, trad. ital. de ARANGIO-RUIZ, Florencia, s.a., pág., 61.
- (346). Sobre este proceso de diversificación, v. por todos SCHULZ, op. y loc. ult. cit. y MASCHI, Il Dir. Rom., cit., pgs. 49 y ss.
- (347). V. especialmente Gayo, 3, 146 y todas las referencias al tema en relación con el arrendamiento y también ARIAS BONET, "Sobre las relaciones entre permuta y compraventa en el derecho romano", en Estudios de Derecho público y privado ofrecidos a Ignacio Serrano y Serrano, vol II Valladolid, 1965, pgs. 15-25; y últimamente DE LA ROSA DIAZ, "La Permuta (desde Roma al Derecho español actual)", Madrid, 1976, pgs, 37 y ss.

- (348). Sobre ello, v. especialmente AMIRANTE, BIDR., cit., pgs. 9 y ss., passim, y MASCHI, Il Dir. Rom, cit., pgs. 271 y ss.
- (349). MASCHI, op. ult. cit., págs. 49 y ss. y 292
- (350). MASCHI, Dir. Rom., cit., p. 292.
- (351). I Principii..., cit., pág. 61.
- (352). Se van a mencionar en este capítulo muchos problemas relativos a la compraventa en el derecho romano y al sistema contractual romano clásico. Cada uno de estos problemas = tiene entidad suficiente para constituir por sí mismo el objeto de una tesis. Naturalmente, no será posible aquí = un tratamiento exhaustivo de ellos. Su estudio se desarrollará sólo dentro de los límites de la medida necesaria = para obtener de él alguna luz sobre Gayo, 3,146.
- (353). V. Principalmente, DE FRANCISCI, Synallagma, cit., II, p. 76; BIONDI, La Vendita di cose fuori commercio, en Scritti Giuridici, III, p. 356 y ss.; ARANGIO-RUIZ, La Compravendita, cit., I, p. 132 y ss.; ALBERTARIO, In tema di responsabilità in contrahendo; Studi, III, p. 367 y ss.; VOCI, L'Errore nel Diritto Romano, Milán, 1937, p. 146 y ss.; LONGO, Casi d'impossibilità della prestazione nel diritto giustiniano, en Ricerche Romanistiche, Milán, 1966, p. 208 y ss. y también Le res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli, en St. Bonfante, III, p. 365 y ss.; HAYMANN, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, Berlín, 1912, p. 163 y ss.; BESELER, Miscellanea,



cit., p. 543; SARGENTI, Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita, en St. Arangio-Ruiz, II, espe., págs., 237 y ss.; MURGA, Nulidad o ilicitud en la enajenación de las res sacrae, en AHDE, 41 (1971) p. 555 y ss. y Una acción de Ulpiano para prestaciones = imposibles, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro, vol. II, Valencia, 1974, p.117 y ss.

354). V. las líneas generales que para la evolución de este problema en el dº romano propone MURGA en AHDE, 41, cit. p55

355). No interesa al asunto que se está tratando aquí entrar = ahora en detalles sobre las diferentes opiniones que se han expresado al respecto. Acerca de ello, v. la bibliografía de la nota 353.

(356). Comunità cristiane primitive e res religiosas, Ricerche Romanistiche, cit., pp. 219 y ss.

357). Para BIONDI "il testo è monstruoso", cfr. La vendita ..., cit., p. 356.

358). Comunità ..., cit., p. 237.

359). en Locus Religiosus, Atti Verona, III, p. 186-187, que no se refiere a los textos que nos ocupan.

360). LONGO, op, ult. cit., p. 237.

361). AHDE, cit., pág. 620-622.

362). Ricerche ... , cit., p. 236.

363). loc. cit., pág. 237.

- (364). Ello está explícitamente afirmado en el texto de Modestino, pero podría ser discutible para el de Ulpiano.
- (365). Cfr. op cit., pp. 238-239 y 244.
- (366). V. ibid. pg. 240.
- (366 bis), V. supra cap. I pg. 38.
- (367). Sobre la compraventa del homo liber a parte de la bibliografía pertinente de la nt. 353, V. por todos, REGGI, "Liber homo bona fide serviens", Milán, 1958, pgs. 242 y ss. (que se tiene aquí especialmente presente).
- (368). Cfr. Die Haftung des Verkäufers, ..., cit., pgs. 163 y ss.
- (369). Dig., 18,1,62,1, reproducido supra, pg. 164.
- (370). Dig., 18,1,70, que se acaba de reproducir.
- (371). Siquiera formalmente. V. por todos, ARANGIO-RUIZ, La Compravendita, cit., I, pg. 131, en especial nt. 4.
- (372). La Compravendita, cit., I, pg. 130.
- (373). V. en este sentido BIONDI, La vendita di cose fuori commercio, cit., pgs. 314 y ss.

- (374). En realidad, sólo pueden citarse en este sentido los estudios de OSUCHOWSKI (Notes critiques sur l'interpretation du D. 19,3,1,1. en Atti Verona III, pgs. 367 y ss.) y el mucho más completo de BETTI ("Periculum", problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano", en Studi DE FRANCISCI, I, pgs. 131 y ss), que sin embargo, tampoco, contiene en rigor, un estudio completo de la aestimatio. Además de ello puede citarse el viejo trabajo de FROMIGGINI "La stima nella conclusione dei contratti", Turín. 1893, que me resulta inaccesible.
- (375). V. CALONGE, Aestimatio Dotis, en AHDE, 35, (1965) = pgs. 6-7.
- (376). Cfr. V.I.R., sub vv. aestimatio, aestimo etc.
- (377). V. Nota 374.
- (378). V. las mencionadas por CALONGE en sus palabras que se acaban de reproducir más arriba en el texto.
- (379). Para la aest. dotis., V. CALONGE, loc. cit. p. 15. V. también por todos, VOLTERRA, Istituzioni, cit., pg. = 519.
- (380). V. el estudio de BETTI citado en la nota 374 y también el de OSUCHOWSKI también citado allí.

- (381). Locatio Conductio, cit., pg. 121.
- (382). loc. cit. pp. 272-273, especialmente nota 5.
- (383). V. ibid, pg. 372, nt. 5
- (384). Ibid. pp. 372-373.
- (385). V. BURDESE, Aestimatio Dotis, en Studi Betti, II, pg. 178.
- (386). Periculum, cit., pg. 148; y en el mismo sentido en sus Istituzioni, cit., II, 1 pg. 366.
- (387). Locatio-Conductio, cit., pág. 121.
- (388). "doch geht es nicht an, diese Interpretation einer Fiktion gleichzusetzen, die nur eine iusta causa traditionis erzeugen solle". MAYER-MALY, loc. y op. cit.
- (389). Ibid., p. 121.
- (390). Aestimatio Dotis, cit., pg. 41
- (391). Cfr. MAYER-MALY, Locatio-conductio, cit., pg. 121 y supra, pg. 191.
- (392). A propósito del texto y de las interpolaciones de que haya podido ser objeto, v. MAYER-MALY, Locatio-Conductio, pg., 121-122 y los autores allí citados.



- (393). V. en materia de legado Dig., 33,7,1, pr..Dig., 33, 7,1,1 en cambio, (en relación con el principium del mismo fragmento), parecería deponer en contra de la interpolación señalada por MAYER-MALY para el final de Dig., 19,2,19,2: haec omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum sit.
- (394). A propósito del Instrumentum del fundo arrendado, V. COSTA, La locazione di cose nel diritto romano, Turín 1915 (reimpresión, Roma, 1966), p. 27, especialmente nt. 2 y ss.; GLUECK, Commentario ..., cit., vol XIX, pp. 414; STEINWENTER, sv. "Instrumentum", en PW., vol. IX-2 col. 1587 y ss.
- (395). V. sin ir más lejos, MAYER-MALY, op. cit., pgs. 122 y la literatura que cita; y, entre los muchos fragmentos que se podrían citar de Dig. 33,7, el 12, por ejemplo.

- (396). Cfr. BETTI, *Periculum ...*, cit., pág. 148
- (397). Cfr. loc. cit. pág. 373, nt. 5
- (398). Cfr. *Aestimatio Dotis*, cit., pág. 178, nt. 41
- (399). Cfr. *Locatio-Conductio*, p. 121
- (400). Zur Stellung der Frau im klassischen römischen
Dotalrecht, ZSS, 54 (1933), pág. 335, nt. 2
- (401). Cfr. loc. ult. cit., pág. 178, nt. 41
- (402). Cfr. CALONGE, *Aestimatio Dotis*, cit., págs. 42 y ss.
- (403). Loc. ult. cit. págs. 41-42
- (404). Cfr. *Periculum Locatoris*, en ZSS, 81 (1961), pág. 155.
- (405). Evidentemente, no es ésta la sede adecuada para anali
zar las peculiaridades que puede ofrecer el régimen =
de esta venditio (que será objeto de un próximo tra-
bajo). Lo que aquí interesa es sólo su calificación =
como tal.
- (406). V. Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen,
II, Tubinga, 1911, p. 58.
- (407). Lo que interesa en este momento es esclarecer el pen-
samiento de BESELER y la entidad de la alteración que
según él haya podido sufrir el texto *ulpiano*. Resul-
ta por ello preferible renunciar aquí a un estudio so

bre si en realidad el texto clásico decía pura o decía vera, como quizá sea más probable. A propósito = de ello, v. Fr. Vat., lll y el comentario de VOLTERRA en In tema di aestimatio dotis, RIL, 66 (1933) págs. 1016 y ss.

- (408). V. Miscellanea en ZSS, 45 (1925), págs., 258-259.
- (409). expuesta en sus Textkritische Studien zur römischen Obligationenrecht, ZSS, 41 (1920), donde se ocupa == del texto en la pág. 85, bajo el § 6, Die byzantinische Lehre
- (410). "Aestimatio sub condicione est ... nicht gleichsam". ZSS. 45, p. 259.
- (411). Loc. ult. cit., pág. 259.
- (412). Para todo ello, V. CALONGE, AHLE, cit., págs.
- (413). ZSS, 41 (1920), pág. 58.
- (414). V. contra esta opinión la de RABEL, Gefährtragung beim Kauf, ZSS 42 (1921) pág. 547, nt, 1.
- (415). Le periculum rei venditae en droit romain (tesis), == 1923, que no me resulta accesible, pero cuyo contenido, especialmente por lo que hace a este respecto es transmitido de una manera suficientemente clara por = APPLETON en la obra de la nota siguiente.

- (416). APPLETON, Les risques dans la vente ..., RH., 6 =
(1927) pág. 196, nt. 1.
- (417). Cfrl. Inā. Itp. ad h.l.
- (418). Corso, cit., I, p. 421, nt. 2
- (419). Palingenesia Iuris Civilis, Graz, 1960 (reimpresión),
vol. II, col. 1148, Ulp. 2783.
- (420). Les risques, cit. pág. 196, nt. 1
- (421). En sus Beiträge, II, cit., pág. 58, no así posterior
mente en su Miscellanea, ZSS, 45, cit. p. 259, como
ya se ha visto.
- (422). Die Gefährtragung, cit., ZSS, 47 (1927), págs., 176-77.
- (423). Aestimatio dotis, cit., p. 182-183
- (424). AHDE, cit., págs. 43-44.
- (425). ZSS, 41, cit. pág. 85.
- (426). Zur Klasizität ... cit., ZSS, 48 (1928), págs. 349, =
not. 1.
- (427). Sólo a título de ejemplo, puede verse, respecto de =
HAYMANN, SECKEL!LEVY, Die Gefährtragung, cit., ZSS,
47 (1927) p. 177, nt. 1
- (428). Zur Stellung., cit.



- (429). Cfr. Periculum Locatoris, cit., pág. 154.
- (430). expuesta en su Miscellanea, pág. 259. V. supra, pág. 215.
- (431). Para todo ello, V. WOLFF, Zur Stellung, cit., pág. = 335, nt. 2.
- (432). expuesta en sus Beiträge, cit. pág. 58 y v. supra. 214
- (433). V. Die Gefährtragung, cit., pág. 176 y supra, p. 222.
- (434). Para todo ello, cfr. WOLFF, loc. cit., pág. 335, nt.1
- (435). Cfr. Periculum ..., cit., pág. 149
- (436). Dice así: "Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert ac si tradidisset, quia quod evenit, em=proris periculo est."
- (437). Cfr. BETTI, Periculum, cit., p. 149.
- (438). Cfr. Aestimatio Dotis, cit., págs. 182-184
- (439). V. ibid., pág. 182.
- (440). BURDESE, loc. cit. pág. 180
- (441). ibid. p. 180
- (442). Ibid., 182-183.

(443). *ibid.*, 183.

(444). Cfr. BURDESE, *loc. cit.*, p. 170 y ss. A propósito de estos fragmentos, v. también últimamente, CALONGE, = *Aest. Dot.*, *cit.*, p.29.

(445). BURDESE, *Aestimatio Dotis*, *cit.*, p. 189

(446). *Ibid.* p. 183

(447). Cfr. *Ibid.* p. 170 y ss.

(448). *Aest. Dot.*, *cit.*, pág. 176

(449). Para toda esta argumentación, v. BURDESE, *loc. cit.* pp. 176-77.

(450). *Loc. cit.* p. 183

(451). Cfr. ARANGIO-RUIZ, *la compravendita*, *cit.*, II, 207, nt. 1

(452). Cfr. CALONGE, *Aestimatio Dotis*, *cit.*, pág. 43.

(453). La considera totalmente alterada, pero como segunda hipótesis piensa que el fit vera venditio podría haber sustituido quizá a un clásico periculum ad maritum pertinet. Cfr. *loc. cit.*, pág. 43, nt. 97.

(454). V. *loc. cit.* p. 43, texto y nt. 97.

- (455). V. op. y loc. ult. cit.
- (456). Cfr. CALONGE, loc. cit., pp. 43-44, texto y nt. 99.
Para la posición de BURLESE Aest. Lot. (St.BETTI),
cit., p. 182 y supra, pg. 228.
- (457). A las ya mencionadas se podría añadir el carácter =
supuestamente justinianeo de la palabra condicionalis
(cum sit condicionalis venditio), defendido por BESE-
LER (Beiträge, II, cit., p. 111), ALBERTARIO, citado
por PEROZZI en la obra que se indica a continuación),
PEROZZI (Istituzioni di Diritto romano, Roma, 1925, =
vol. I, p. 386, nt., 3) KONSTANTINOVITCH (citado por
APPLETON, en op. cit.), pero como ha puesto de relie-
ve APPLETON, (Les risques ..., cit., pág. 196, nt. 1)
se trata en todo caso de una palabra de la que Justi-
niano no abusa, pues se encuentra empleada dos veces
en sus constituciones y, usándola en cambio Gayo (en
4,119), no parece haber ninguna razón para prohibir
su uso a Ulpiano.
- (458). expuesta últimamente en sus Instituciones de Derecho
Romano, vol. I, Madrid, 1973, pág. 102.
- (459). Periculum locatoris, cit., pág. 155.
- (460). Loc. cit., pág. 372, nt. 5

- (461). Corso, cit., I, pág. 421, nt. 2.
- (462). Der Kauf, ct., vol. II, pág. 564, en especial nt. 1 para los párrafos 4 y 5 y pág. 562 para el párrafo 5.
- (463). Matrimonio - dote in diritto romano, Nápoles, 1952, = pag. 41, citado por BURDESE, Aestimatio dotis, cit., pág. 183, nt. 59.
- (464). Dies vel Condicio, cit. pág. 218, nt. 1 para el párrafo 5º.
- (465). In tema di aest. dot., cit., pág. 1015 y ss.
- (466). "Aestimatio dotis e compravendita come concetti di interpretazione tra i giuristi classici", en Annali dell'Università di Ankara, 6 (1954 -55), págs. 105 y ss., ct. por BURDESE, op. cit., p. 183 nto. 59 y 60.
- (467). Topica, 21,82
- (468). Partitiones oratoriae, 32, 110.
- (469). Tusculanae quaestiones, 3,23.
- (470). Cfr. RIPOSATI, Studi sui Topica di Cicerone, Milán, 1947, p. 191.
- (471). V. ORESTANO, Obligationes e dialettica, en Mélanges = Henri Lévy-Bruhl, Paris, 1959, especialmente, p. 455-456.

(472). Op. cit., pág. 191.

(473). V. LENEL, Palingenesia, vol. II, col. 1148.

(474). V. op. y loc. cit. (Ulp. 2784).

(475). Cfr. BURDESE, loc. cit. pág. 175.

(476). CALONGE, Aestimatio dotis., cit., p. 27, nt. 55

(477). Ibid. p. 27.

(478). V. supra pg. 188.

(479). El principium de este fragmento ha sido reproducido =
supra. (V. pág. 210) Es de observar que la genuini-
dad de este párrafo no ha sido puesta en duda por los
autores que niegan la de los párrafos 4 y 5 del mismo
fragmento. Puede verse el comentario que hace a propó-
sito de él MIQUEL, loc. cit., pág. 157 y ss.

(480). A los efectos que aquí interesan no ofrece gran impor-
tancia la aguda observación de MIQUEL: cuando se tra-
ta del marido se habla ^{un} de periculum, que, al hablarse
de la mujer, se transforma en un incoloro damnum. Cfr.
MIQUEL, Periculum Locatoris, cit., pág. 155 y 158

(481). Y si no la encontramos explícitamente manifestada en
todos los textos relativos a ella, como, p. ej., en =

D., 19,2,3, ello no impide que la implícita presencia de la remisión a la atribución del riesgo sea necesaria para un cabal entendimiento del problema planteado y de la solución dada al mismo. Esto al menos, se pretende demostrar en las páginas siguientes respecto de D., 19,2,3 y aun de todos los casos de aestimatio en general.

- (482). V. MAYER-MALY, *Locatio Cond.*, cit., p. 121. donde limita al supuesto contemplado en este fragmento la atribución del riesgo como consecuencia de la aestimatio, pero sin razonar semejante afirmación.
- (483). Cfr. *Periculum*, cit., p. 151.
- (484). Es de observar que, según BETTI (*loc. ult. cit.*, p. 147) la aestimatio solo implica "l'assunzione di certi rischi", pero también es de observar que en el análisis = de los textos que a continuación lleva a cabo, esos = "ciertos riesgos" equivalen al periculum en sentido = técnico, salvo en el caso de D.17,2,52,3, al que luego se aludirá y que no parece constituir un serio obstáculo.
- (485). Notes critiques sur l'interprétation du D. 19,3,1,1, cit. pág. 383 y pass.

- (486). SYNALLAGMA, teoria e dottrina dei così detti contratti innominati, vol. I, Pavia, 1913, pag. 102, nt. 1
- (487). Op. y loc. ult. cit. p. 147.
- (488). Reproducido supra, p. 255.
- (489). Cfr. Bas., 12,1,9, reproducido en la nota siguiente
- (490). El razonamiento se encuentra expuesto en BAS. XII, 1, 9: "Custodiam]. Hoc quia aestimata pecora accepit. = Nota exidem duo pulcherrima, alterum, in actione pro socio contractus naturam, si aestimatio facta non sit, talem custodiam non exigi, alterum, aestimatione facta custodiam, plenam scilicet praestari, ita ut furtum quoque avertendum sit, non autem casum fortuitum. In commodato autem aestimatio periculum transfert. Si = furto pecora ablata sint, ait, damnum solius accipientis est, quia custodiam praestat. Hoc enim aestimatio actione pro socio adiicit. Et vera est haec sententia, si modo animo societatis contrahendae haec pecora = aestimata dedi alicui ad pascendum. Itaque aestimatio facta in actione pro socio periculum non transfert ad accipientem, sicuti in commodati iudicio, sed efficit, ut etiam custodiam praestare debeat. Scien- = dum ergo est aestimationem naturae contractus aliquid addere: et commodati quidem iudicio, quia custodia in

in eo iam praestatur, periculum addit, societati autem, quia ex ea dolus solum et culpa praestantur, custodiam aestimatio adiicit". (Se reproduce el texto de acuerdo con la edición de HEIMBACH). V. también en el mismo sentido Bas. 12,1,6 y 8.

(491). "Aestimatio periculum facit accipientis, et si rem non praestet dat aestimationem" (Bas., 19,9,1, (ed. HEIMBACH,)). Es de observar, sin embargo, que la rúbrica de este título es de re quae estimata ad vendendum alicui data est, por lo que la sentencia puede entenderse referida solamente al contrato estimatorio.

(492). Synallagma, cit., vol. I., pág. 102, nt. 1

(493). Cfr. loc. cit., pág., 384 y los argumentos que allí da.

(494). Summa Aurea, Lugduni, 1568, fol. 214 v. citado por MAFFEI, Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori, Milán, 1957, pág. 117.

(495). Cfr. MAFFEI, o.c. págs. 115-116.

(496). Cfr. ibid. p. 118 y ss.: "...et expleto hoc mense medii dictum equum tibi super me ad meum rischium et fortunam Colli vallis Else mictere et dare promicto sine malitia ita bonum quem admodum a te ipsum non



BIBLIOTECA
DE DERECHO

recipio, alioquin dictas VII. libras -las dichas siete libras corresponden a la aestimatio del caballo- = cum predictis denariis vecture integre tibi ad tuam = et tuorum heredum requisitionem solvere promictimus = ...". Y aún más expresivo es este modelo de Carta locatio nis equorum vel aliorum animalium ad victuram que se contiene en la Summa artis notariae annis MCCXL-== MCCXLII Aretii composita: "predictus n. -Rainiero di Giovanni- ab ipso Petro -Pietro Saraceni- in presenti confessus est conduxisse et recepisse extimatum ab = ipso Petro ad victuram X lib. den. pis. cum freno ac sella sanum et saluum ac solutum". Rainerio prometía pagar a Pietro "nomine vecture" por ocho días "X sol. et si plus steterit ad illam rationem"; declaraba = además recibir el caballo "ad omne suum periculum et fortunam, maiorem vim maioresve casus qui in dicto = equo possint accidere vel evenire", prometía también además, "adhibere exactam exactissimam diligentiam, = et omnem dolum et fraudem abesse et teneri de omni dolo et culpa tam levi quam levissima". Pero si después, el caballo sufriese daños, o heridas, o muriera, o se perdiera, "culpa vel sine culpa ipsius conductoris, = aliquo morbo naturali vel accidentali, scilicet morbo refusione et dolore, vel alio quocumque morbo, vel incendio ruina rapina naufragio aggresura latronum omnis-

que maior vis ... per quod predictus R. ipsi Petro eundem ronzinum restituere non possit ita bonum et pulcrum, sanum et solutum ut ei dedit", Rainerio = s'impegnava a versare a Pietro l'extimatio convenuta ...". Cfr. MAFFEI, op. cit., p. 120.

- (497). Quamvis aestimata se llega a decir en Dig., 17,2, 52,3, al ilustrar la solución contraria a Dig., 19, 3,1,1.
- (498). Cfr. "Subtilitas legum e moderamen naturalis iuris nel diritto dotale romano giustiniano", en Studi, I, p. 394; y "Interpolazioni in D.20,4,9,3 (appunti sull'aestimatio dotis)", Studi, I, p. 405 y ss.
- (499). Se refiere a Cod. 5,13,1,9,c.
- (500). V. p. ej., Cod., 5,12,10 y contra el comentario de BURDESE, en Aestimatio Dotis, cit., pp. 184-185.
- (501). Cfr., sin embargo, Ind. Itp. Cod, ad hh.11.
- (502). Sólo de ellas nos ocupamos aquí. Respecto de la liti aestimatio y de su consideración como compraventa en la época clásica, V. OSUCHOWSKI, op. cit., pág. 382-383; KASER, RPR, pág.437 y PUGLIESE, Sentenza di rivendicazione e acquisto della proprietà in = diritto romano, RIDA, 6 (1959),p.347 y ss.
- (503). No entramos ahora en esta cuestión. Respecto de la aestimatio dotis, CALONGE ha sostenido, con razón, q

la elección corresponde a la mujer, salvo en casos =
excepcionales. Cfr. Aestimatio Dotis, cit., passim, y
especialmente, p. 15 y ss.

(504). En su lugar, o a cambio de ella. En definitiva tiene
lugar un trueque de la cosa por su precio y no pare-
ce muy conorde con las fuentes el intento de distin-
ción de unos casos en que la suma de estimación actúa
como subrogado de la cosa y de otros en que actúa como
un equivalente de ella. V. en este sentido BECHMANN,
Der Kauf, cit., pág. 560 y ss.

(505). A propósito de su genuinidad, V. ALVAREZ SUAREZ, Cur-
so, cit., pág. 407 y especialmente, nota 388; V. tam-
bién MAGDELAIN, Le consensualisme dans l'édit du pré-
teur, Paris, 1958, págs. 25 y ss.

(506). VOLTERRA, Istituzioni, cit., pág. 575.

(507). Ibid. 575-576.

(508). Sobre ello, V. CARCATERRA, Intorno ai bonae fidei iu-
dicia, Nápoles, 1964. pass. y especialmente, Cap. IV,
págs. 119 y ss.

(509). Cfr. VOLTERRA, loc. cit. pág. 575.

(510). Cfr. Ricerche, cit., pag. 9 y ss.

(511). Reproducido supra, pag. 186.

- (512). Palingenesia, cit., vol. II, col. 110, Pomp., 551
- (513). Palingenesia, cit., vol. II, col. 110.
- (514). reproducido supra, pag. 246.
- (515). Paling., Ulp., 2784.
- (516). Paling. vol. II, col. 1148.
- (517). Sobre ella, V. principalmente, KASER, Die Rechtsgrun-
dlage der actio rei uxoriae, en RIDA, 2 (1949) pp. =
511 y ss.
- (518). Cfr. Dig., 24,1,7,5, in fine.
- (519). V., por ejemplo, VOLTERRA, Istituzioni, cit., p. 575
- (520). Cfr. por todos CALONGE, Aest. Dot., cit., p. 53 y las
referencias que allí hace. La misma idea se expone en
Dig. 23,3,17,1 (reproducido supra, pag. 231) cuya genui-
nidad también ha sido atacada por la doctrina, aunque
en menor medida que la de Dig., 23,3,16 que se repro-
duce a continuación en el texto. Cfr. CALONGE, Aestima-
tio Dotis, cit. pag. 23.
- (520-bis. EECHMANN, Der Kauf, cit., I pag. 18 y ss.
- (521). Justamente en este sentido e inclinándose por la cali-
ficación como compraventa se ha venido pronunciando =
la doctrina en la calificación de que se trata. "espec

to de la aestimatio en general, v. por ejemplo OSUCHOWSKI citado en la nota 383, donde mantiene puntos de vista totalmente distintos de los que se sostienen aquí. Respecto de la aestimatio dotis, en el mismo sentido = que OSUCHOWSKI, puede verse, p.e. LONFANTE, Corso, cit. I, pag. 421 y VOLTERRA, RIL, cit., pass.

(522). Prescindamos ahora de los supuestos en que intervenga la facultad de elección entre la cosa y la suma de estimación.

(523). Ya se han visto con bastante detalle en las pags. anteriores las opiniones avanzadas a propósito de D.19,2,3, relativo a la aestimatio de una cosa arrendada y otro tanto sucede a propósito de la aestimatio dotis.

(524). Reproducido supra, pag. 255.

(525). En cuanto a la sede original de estos fragmentos, para D.19,2,3, V. supra p. 274; la procedencia de un liber responsorum de D. 19,2,54,2 no permite hacer conjeturas muy firmes en este sentido. V., no obstante, LENEL, Paling., vol, I, col. 1230-1231, Paul., 1465, donde se sitúa entre otros fragmentos relativos al arrendamiento. Cfr., no obstante, ibid. nt. 2 de la col. 1230.

(526). Responsabilità Contrattuale nel Diritto Romano, Napo-

les, 1958, p. 180 y ss.

(527). V. supra, pág. 125.

(528). Por eso, sin duda, tenía razón KASER cuando afirmaba que entre Gayo, 3, 146 y Dig., 19,2,54,2 no existe = más que una analogía. V. RPR., I, 565, nt. 24 y su-
pra, p. 133.

(529). Eludimos ahora el problema de la opción entre la res- titución de la cosa misma o de su valoración, que no afecta a la cuestión que se está tratando aquí.

(530). Por eso no faltaba razón a KRUECKMANN para afirmar = que la emptio venditio "in seinen Bedeutung schillert"

(531). Cfr. Der Kauf, cit., I, pg. 18 y ss.

(532). V. en este sentido AMIRANTE, Ricerche ..., cit., p. 9 y ss.

(533). Recordemos la semejanza con uno de los términos de la alternativa ulpiana de Dig., 19,3,1,1: aut ... ipsam rem ... incorruptam reddere.

(534). Recordemos ahora el otro término de la alternativa ul- piana: aut aestimationem de qua convenit.

(535). V. supra, pags. 19 y ss; 41 y ss.

(536). Cfr. SOLAZZI, "Un tipo nuovo di condicio ..., cit., = pág., 350.

(536-bis). Ibid., pág. 351.

(537). Cfr. BESELER: ZSS., 42 (1922), cit., pág. 435, nt. 2
y ZSS., 47 (1927), cit., pág., 357.

(537-bis). Un tipo nuovo di condicio ..., BIDR., 1947, cit.,
pág. 351.

(538). Gaius and the gladiators, cit., pág. 153.

(539). Cfr. SOLAZZI, op. y loc. ult. cit.

(540). St. VOLTERRA, cit., pág. 162.

(541). Cfr. supra, pág. 122.

(542). Puede verse un resumen de la construcción doctrinal =
que propone CALONGE para el caso que nos ocupa en las
págs. 122 y ss. de esta tesis.

(543). Locatio conductio, cit., p. 73. Respecto de lo que =
aquí interesa dice Heralmente: "Solazzi hebt überdies
mit Recht hervor, dass es die Eigenart dieser Bedin-
gung ausmacht, durch ihren Eintritt das Rechtsgeschäft
nicht etwa aufzuheben, sondern zu verwandeln. Die Stelle
kann daher zur frage des periculum emptoris keinen Be-
weis machen, sie gehört voll und ganz in die Bedingun-
gslehre. Aber zum Verständnis der Entscheidung des =
Gaius bedarf es nicht nur der Anerkennung des Abschlus-
ses von Konsensualverträgen sub condicione".

- (544). Gaius and the Gladiators, cit., pág. 153.
- (545). Op. cit. págs. 152-153.
- (546). St. VOLTERRA, cit., p. 166.
- (547). Y también condicio, Cfr. HEUMANN-SECKEL, Handlexikon, cit., s.v. condicio;
- (548). Más adelante -págs. 379 y ss.- se ofrecen ejemplos = proporcionados por las mismas fuentes en los que opera un mecanismo semejante.
- (549). Cfr. supra, págs. 19 y ss; 107 y ss.
- (550). ZSS, 60 (1940), cit., pág. 61.
- (551). IURA, XI, cit., pág., 308.
- (552). Gaius and the gladiators, cit., p. 155 y ss.
- (553). V. supra, pág. 117.
- (554). Para todo ello, V. MASI, op. cit. págs. 152-153; y = supra, pag. 48.
- (555). V. supra, pag. 48 y ss. y contra esta postura, D'ORS, en In Diem Addictio, Contribución al estudio de laas condiciones en Derecho Romano, en AHDE, XVI, 1945, = pág. 203.

(556). Cfr. KASER, En torno al método, cit., págs. 31-32.

(557). Dentro del concepto de condición en sentido técnico (es decir, entendida como un "acontecimiento futuro e incierto del que las partes hacen depender la eficacia del negocio", según rezan todos los manuales) las fuentes nos proporcionan también intentos de precisión de lo que realmente ha de considerarse como = una condición propiamente dicha, frente a aquellos = otros supuestos que la doctrina moderna conoce con el nombre de condiciones aparentes o impropias. Así, en Dig., 28,7,12 se contempla un supuesto de condición tácita o legal y se dice que las palabras con que = es introducida "in necessario condicionem faciunt". = De las condiciones contrarias a la ley se nos habla en Dig., 28,7,14 y de las contrarias a los bonos mores, por ejemplo, en Dig., 28,7,9; 28,7,15, etc. También las condiciones in praeteritum vel in praesens tempus collatae fueron individualizadas de las condiciones propiamente dichas: a ellas se refieren Dig., 12, 1, 39: Dig., 28,7,10,1; D. 45,1,120, etc.

(558). Cfr. HEUMANN-SECKEL, Handlexikon, cit., s.v. condicio y V.I.R., cit., bajo la misma voz.

- (559). Cfr. ARIAS RAMOS, Derecho Romano, Madrid, 1974, vol. I, p. 138, nt. 159.
- (560). LEVY. Weströmisches Vulgarrecht., Das Obligationenrecht. Weimar, 1956, pág. 88.
- (561). V. LEVY en op. cit., pág. 98 y en VOCI, Diritto Ereditario Romano, cit., Vol.I, pp. 630-631, donde se ofrecen también otros puntos de vista, entre ellos el del propio VOCI, contrario al de LEVY.
- (562). Respecto a la plurivocidad de condicio pueden verse, además, D'ORS, en su introducción al de legibus de = Cicerón, (Cicerón, Las Leyes, cit., pp. 35-36); HAYMANN Zur Klasizität ..., cit., págs. 152, nt. 4 y 335, nt. 1. Cfr. También ARCHI, Il negozio sotto condizione = ..., cit., págs., 34 y ss; etc.,
- (563). En I,102.
- (564). Así, en Gayo, I,27; I,186; II,144; II,172; II,200; == II,237; II,244; II,250; III,96; III,102; III,113; == III,124; III,177; y III,179.

Por lo demás, referida a las personas, se = emplea allí para significar status (así, en Gayo, I, 13; I,123; III,75; I,30; I,67; I,68; I,75; I,78; I,80; I,81; I,86; I,87; I,128 y también, aunque con un sentido más preciso -significando civis y pubes- en I,119)

o en general la posición jurídica de una persona, =
integrada por el conjunto de derechos y de obliga =
ciones que tiene, o que puede llegar a tener (así, =
G., II, 83; II, 113; II, 215; III, 118; III, 126; y II, =
131) o a la posición procesal del demandante y del de =
mandado (así, en IV, 160). Respecto de las cosas, se =
emplea una sola vez, referida a la naturaleza jurídi-
ca de la herencia para indicar que la condicio de es-
ta es duplex: vel ex testamento vel ab intestato (II,
99). Referida a los interdictos se emplea también =
una sola vez, significando los efectos que éstos pue =
den producir, su vis ac potestas (IV, 146).

(565). V. supra, pág. 332.

(566). Se sigue aquí la clasificación de los elementos del =
negocio propuesta por ALVAREZ SUAREZ en "el Negocio =
jurídico en Derecho Romano, cit., págs. 15 y ss.

(567). Sobre la emptio rei speratae como compraventa condi-
cionada, v., por todos, CALONGE, La Compraventa civil
de cosa futura, Salamanca, 1963, en especial págs. =
24 y ss. y ARANGIO-RUIZ, La Compravendita ..., cit.,
vol. I, págs. 117-118-, quienes sostienen opiniones
diversas.

(568). V. supra, págs. 107 y ss.

- (569). Piénsese, por ejemplo, (tan sólo a los efectos que aquí se indican, y prescindiendo de otras implicaciones), que los gladiadores arrendados o comprados no fueran los que resulten ilesos, lesionados o = muertos en unos juegos que se hayan de celebrar en el futuro, sino en unos juegos ya celebrados en el pasado.
- (570). V. supra, págs. 342 y ss.
- (571). Cfr. ARCHI, voz "Condizione" en EdD, vol. VIII, p. 744; GIOFFREDI, "Pendenza" e "Sospensione" dalle = fonti romane alla dommatica odierna, en SDHI, 22 = (1956), pp. 113 y ss; SENN, "La Notion romaine d'ave nir et ses applications dans le domaine du droit", RH, 34 (1956), p. 163 y ss.; BARTOSEK, "La Spes en droit romain", RIDA, 2 (1949), p. 19 y ss.; ARCHI, St. Betti, cit.; MASI, op. cit., pág. 205. (contra)
- (572). V. supra, especialmente págs. 4 y ss.
- (573). Cfr. ZSS, 47, cit., pág. 357 y supra pág. 7.
- (574). Locatio-Conductio, cit., pág., 73.
- (575). Cfr. PRICHARD, Sale and Hire, cit., p. 6, nt. 1 y supra, p. 9.
- (576). V. supra, p. 7 y ss.
- (577). Cfr. Sale and Hire, cit., pág. 5 y supra, p. 8
- (578). ZSS, 47, cit., pág. 357 y supra, p. 7.



- (579). Así ARANGIO-RUIZ, IURA, XI, cit., pg. 308-309.
- (580). V. supra, especialmente, pgs. 107 y ss.
- (581). Cfr. SOLAZZI, Un tipo nuovo di condicio, cit., pg. = 352.
- (582). Cfr. DE ZULUETA, Commentary..., cit., pg. 174.; tam bién SOLAZZI, op. y loc. ult. cit.,
- (583). Cfr. supra especialmente pgs. 96 y ss.
- (584). Además de los muchos autores que se han ocupado de Gayo, 3,146, y que ya han sido mencionados, puede verse en este sentido, BUCKLAND, A Text-Book of Roman Law, From Augustus to Justinian, 3ª ed., revisada por Peter Stein, Cambridge, 1963, pgs., 422.423.
- (585). Op. y loc. ult. cit., En un sentido semejante, aunque menos comprometido se pronuncia también SOLAZZI, en "un tipo nuovo...", cit., p. 352, especialmente, nt. 43.
- (586). Cfr. SOLAZZI. Op. y loc. ult. cit., a pesar de lo indicado en la nota anterior.
- (587). V. supra pgs. 96 y ss.

- (588). V. supra, pgs. 366-367 y los lugares citados en las notas 582 y 584 respectivamente.
- (589). "Knowing no general simple contract", op. cit., pg. 6
- (590). V. supra pgs. 6-7.
- (591). Para todo ello, V. PRICHARD, Sale and Hire, cit., pgs 6-7.
- (592). Piénsese, por ejemplo, en las disputas suscitadas en la época clásica en torno a la protección de lo que después sería el contrato estimatorio.
- (593). V. supra, pgs. 319 y ss. a propósito de la objeción que podría oponerse a este tipo de construcción.
- (594). V. supra, pg. 329.
- (595). A propósito del cual, v. supra, p. 119.
- (596). Para todo ello, V. THOMAS, Gaius and the gladiators, cit., pp. 155-156.
- (597). MOMMSEN propone eius en lugar de ei.
- (598). THOMAS, loc. cit., pág. 156.
- (599). A propósito de los fragmentos reproducidos. V. la = polémica sostenida por THOMAS (Tenancy by Purchaser,

IURA, 10 (1959), pgs. 103-109) frente a DAUBE (Tenancy of Purchaser (Digest. 19,2,21", CLJ., 10 (1948, primer fascículo), pgs. 77-83; y "Si...tunc in D.19,2, 22. pr, Tenancy of Purchaser and lex commissoria", en RIDA, 5 (3ª serie) (1958), pgs. 427-435), aparte de los comentarios de GLUECK (Commentario alle Pandette, cit., vol. 19 pgs. 128-129) y de MAYER-MALY (Locatio Conductio, cit., p. 61-62) y el de MONRO, (reproducido por DAUBE, Tenancy, cit p. 77).

(600). V., sin embargo ARANGIO-RUIZ, Compravendita, cit., vol II, p. 401 nt. (1 de la pg. 400). Debe observarse, sin embargo, que la finalidad de imponer una sanción convencional puede articularse a través de la eficacia propia de un mecanismo condicional y que, en todo caso, los romanos apreciaron en este supuesto la operatividad de una condicio que no puede traducirse más que como condición. Cfr. El mismo ARANGIO-RUIZ ibid.p. 405.

(601). Cfr. Dig., 41,4,2,3, en relación con el párrafo 2º de mismo fragmento, y ARANGIO-RUIZ, op, ult. cit., pgs. 405 y ss.

(602). Sobre este texto y 41,4,2,3, que ^{se}acaba de reproducir más arriba, v., por todos, ARANGIO-RUIZ, La Compravendita, cit., II, pgs. 417 y ss.

(603). V. por todos. ALVAREZ SUAREZ, El Negocio Jurídico..., cit, pgs. 28 yss.

(604). En el texto no se fija ningún plazo durante el cual el comprador deba pagar el precio. DAUBE (V. especialmente, Tenency..., cit., pgs. 77-78) indica que, naturalmente, en el convenio se fijaría un plazo, ~~+~~ pues, de otro modo, el comprador no necesitaría pagar nunca ni podría nunca llegar a considerarse la cosa inempta, circunstancia esta que claramente se dice en D.19,2,22, pr., que puede llegar a suceder. La fijación de un plazo dentro del cual el comprador = pueda o deba pagar el precio no afecta para nada a la consideración del arrendamiento que se ha expuesto = aquí. El arrendamiento durará hasta que el precio se pague y como el precio puede pagarse en cualquier momento dentro de este plazo (es precisamente el supuesto contemplado en D.19,2,21), este negocio ha de entenderse sometido también a un dies incertus an incertus, quando.

Esta consideración se alteraría, sin embargo, si se aceptase la opinión de DAUBE a propósito de la duración del arrendamiento. Cree este autor que ella se extiende a todo el periodo fijado como plazo

para que el comprador hubiera podido pagar el precio de la venta, de modo que, aun cuando pague éste antes, el arrendamiento, o al menos la obligación de pagar la renta seguirán vigentes por un tiempo cierto. Cree también que el estado actual de Dig., 19,2, 21 vendría a ser el resultado de una alteración Justiniana o quizá postclásica (Cfr. Tenancy, cit., p. 18-82 y Si ... tunc, cit., 432-433). De aceptarse el pensamiento de DAUBE habría que considerar al arrendamiento sometido no a una condición, sino a un término. La afirmación de DAUBE, sin embargo ~~no~~ parece aceptable (contra ella v. también THOMAS, (Tenancy, cit., p. 106) que admite que el texto pueda estar = alterado, pero sólo para condensar la genuina opinión de Javoleno, que sustancialmente habría sido ^{la} misma = que el texto nos ofrece en el estado en que ha llegado hasta nosotros. Los dos autores ingleses mantienen sus afirmaciones sobre la base de lo que cada uno entiende que en el caso concreto exigiría la buena fé, a partir de la sentencia de Javoleno: bona fides = exigit ut quod convenit fiat, y con total independencia de la perspectiva que se adopta en esta tesis.

(605. V. supra, pgs. 319 y ss.

- (606). V.p. ej. D.19,2,9,6 y 19,2,10, lo que no parece suficiente a DAUBE (Tenency, cit., p. 79 y ss), contra la opinión de BUCKLAND (citado por DAUBE, ibid., p. 80, nt. 8).
- (607). Sobre el sentido de la construcción Si...tunc, v. las observaciones de DAUBE en "Si...tunc...", cit., p.427 429 y 432-433, donde considera la interpretación que aquí se ofrece como la menos probable.
- (608). En el mismo sentido y con independencia de las interpolaciones de que haya podido ser objeto --Cfr. Ind. Itp. ad. h.l.-- cfr., Dig., 18,1,50.
- (609). V. supra, pgs. 99 y ss.
- (610). Cfr. Ricerche in tema di locazione, BIDR. 62 (1959) cit., p. 9 y ss. Las críticas de KASER (IURA, XI (1960) p. 229-234) y de MAYER-MALY (LABEO, 5 (1959), p. 390-396) al estudio y a la opinión del romanista italiano no afectan al aspecto que aquí nos interesa.
- (611). Cfr. Dig., 19,2,3 y supra, especialmente, pgs. 190 y ss.
- (612). Cfr. por todos, SCHULZ, Principii, cit., pg. 92 y = MASCHI, Il Dir., Rom. cit., pgs. 187 y 8.
- (613). Cfr. Sale and Hire, cit., p. 2 y supra 109.

- (614). Cfr. IURA, XI, cit., p. 308 y supra 111.
- (615). Cfr. St. VOLTERRA, p. 162, y supra.
- (616). Gaius and the gladiators., cit., p. 152 y supra. 112
- (617). Cfr. ll. 59 y ss del Sc.
- (618). Una construcción parecida, aunque algo más complicada, para adaptarla sin duda al carácter sustancialmente unitario del negocio, es la que MOMMSEN creía que podía haber suscitado las dudas de la jurrisprudencia romana en el caso que nos refiere Gayo. (cfr. MOMMSEN, loc. cit., p. 526 nt. 5 y supra, p. 126.
- (619). V. supra, pg. 92 y ss.
- (620). Cfr. Locatio Conductio, cit., pág. 72.
- (621). V. Cod., 4,38,15 y Inst., 3,23,1, en relación con = 3,24,1.

INDICE DE FUENTES

I. FUENTES JURIDICAS

A) FUENTES PREJUSTINIANEAS

Fragmenta Augustodinensia

IV, 82-83: p. 35.

Fragmenta Vaticana

111: nt. 407

114: p. 233

Gai Institutiones

1,13: nt. 564

1,27: nt. 564

1,102: nt. 563

1,30: nt. 563

1,67: nt. 563

1,68: nt. 563

1,65: nt. 563

1,78: nt. 563

1,80: nt. 563

1,81: nt. 563

1,86: nt. 563

1,87: nt. 563

1,119: nt. 563

1,123: nt. 564

1,126: nt. 564

1,186: nt. 564

- | | |
|-----------------------------|------------------------------|
| 2,4: p. 26; nt. 36 | 3,142: p. 152 |
| 2,8: p. 38 | 3,143: p. 428-429 |
| 2,83: nt. 564 | 3,144: p. 429 |
| 2,99: nt. 564 | 3,145: pags. 86,91,94,99,100 |
| 2,113: nt. 564 | y ss., 104,105, |
| 2,131: nt. 564 | 112,113,117,152, |
| 2,144: nt. 564 | 156,163,367,396 |
| 2,172: nt. 564 | y ss., 405,428, |
| 2,200: nt. 564 | y 429. |
| 2,215: nt. 564 | 3,146: pass. |
| 2,237: nt. 564 | 3,147: 3,86,87,94,104 y ss. |
| 2,244: nt. 564 | 112,113,117,154, y = |
| 2,250: nt. 564 | ss. 396 y ss. 405, = |
| 3,75: nt. 564 | 406,428,429; nt. 223, |
| 3,97: p. 38,40,72,162 y 171 | nt. 280. |
| 3,98: nt. 564 | 3,177: nt. 564 |
| 3,102: nt. 564 | 3,179: nt. 564 |
| 3,113: nt. 564 | 3,194: p. 70 |
| 3,118: nt. 564 | 4,62: p. 275 |
| 3,124: nt. 564 | 4,146: nt. 564 |
| 3,126: nt. 564 | 4,160: nt. 564 |
| 3,136: p. 91 | |
| 3,142-3,144: p. 153 | |

Novellae Valentiniani

Nov. Val., 23: pags. 29, 30, 31 y nt. 67.

Pauli Sententiae

1, 21, 7: p. 71

2, 4, 4: p. 257

B) FUENTES JUSTINIANEAS

Institutiones

3,19, 2: p. 75 y nt. 192

3,24, 1: nt. 621

3,23, 1: nt. 621

3,24, 2: p. 128

3,23, 5: p. 172 y ss.

Digesta

1,3,16: nt. 187

11,7,39: nt. 80

2,14,7,1: p. 11

11,7,40: nt. 80

11,8: nt. 57

2,14,7,4: p. 11

12,1,39: nt. 557

2,14,7,5: p. 267

13,6,5,3: p. 259

11,7: nt. 57

17,2,52,3: pgs. 257,258,259

11,7,2, pr.: nt. 80

y nts. 484 y

11,7,4: p. 26 y nt. 57

497

11,7,8, pr.: nt. 80

11,7,8,1: p. 164 y ss.

18,1,4: p. 173 y ss.

11,7,31,1: nt. 80

18,1,5: p. 178

11,7,38: p. 33 y nt. 80

18,1,6,pr.: p. 177

- 18,1,8,pr.: pgs. 285 y 345
18,1,20: p. 95
18,1,22: p. 171
18,1,25,pr.: pgs. 246-249 y
274
18,1,34,2: p. 74 y 80 y nt.
190
18,1,35,5-7: p. 377
18,1,50: nt. 608
18,1,62,1: p. 164 y ss. y
nt. 369
18,1,70: p. 176 y nt. 370
18,1,79: p. 391 y nt. 341
18,3,1: p. 383
18,3,4,1: p. 384
18,3,5: p. 384
19,1,19: p. 158
19,2,3: pgs. 188-211, 234
250-252, 255, 263,
274, 277, 291, 294,
422 y nts. 481,
523, 525 y 611
19,2,9,6: nt. 606
19,2,10: nt. 606
19,2,19,2: p. 197 y ss.;
200 y nt. 393
19,2,20,pr.: p. 367
19,2,20,2-22, pr.: p. 377
378, 382, 388
19,2,20,2: p. 381
19,2,21: p. 381 y nt. 604
19,2,22,pr.: p. 390 y =
nt. 604
19,2,54,2: p. 134, 148, =
254-255, 256,
290, 291, 422 y
nts. 320, 321,
525 y 528
19,3,1,1: p. 255 y ss.,
272, 294, 295
y nt. 497 y
533
19,5,4: p. 159
19,5,17,1: p. 257
20,4,11,1: p. 63, 64, 69,
70 y nt.
157

- 23,3,10: p. 242 y ss. 28,7,15: nt. 559
- 23,3,10,pr.: p. 210 y ss. y 33,7,1,pr.: p. 203 y nt.
nt. 479 393
- 23,3,10,3: p. 221-222 33,7,1,1: nt. 393
- 23,3,10,4: p. 210 y ss. y 33,7,12: p. 198 y nt. 335
nt. 479 33,7,12,1: p. 199
- 23,3,10,5: p. 210 y ss y 35,1,75: p. 338
294 y nt. 479 35,1,79,pr-1: p. 337
- 23,3,10,6: p.230,244,246 y s. 40,4,44: p. 338
- 23,3,14: p. 209 y 227 40,13,4: p. 175,178 y 180
- 23,3,15: pg. 209 y 227 y nt. 41,4,2,2; nt. 601
436 41,4,2,3: p. 383 y nts. 601
y 602
- 23,3,16: p. 278 y ss. y = 44,7,1,9: p. 171
- nt. 520 45,1,64: p. 68
- 23,3,17,1: p. 231 y nt. 520 45,1,83,5: p. 74-75,80 y
nts. 190 y 195
- 23,3,18; p. 233 45,1,103: p. 26,38,39,72 y
171
- 23,4,12,3: p. 234 45,1,120: nt. 559
- 24,1,7,5: nt. 518 45,1,126,pr.: p. 68
- 24,3,66,3: p. 233
- 28,7,9: nt. 557
- 28,7,10,1: nt. 559
- 28,7,12: nt. 557
- 28,7,14: nt. 557

47,10,1,4: nt. 85

47,12,3,4: p. 33 y nts. 80 y

47,12: nt. 57

85

47,12,8: nt. 85

Codex

4,38,15: nt. 621

5,13,1,9,c: p. 227,237

5,12,1: p. 227

239,262

5,12,5: p. 227

264 y

5,12,10: nt. 500

nt. 499

C) FUENTES BIZANTINAS

Basílicos

12,1,6: nt. 490

12,1,9: nt. 489 y 490

12,1,8: nt. 490

19,9,1: nt. 491

II. FUENTES LITERARIAS

CICERON

De amicitia

4,13-14: nt. 71

De Legibus

2,9,22: nts. 35 y 56

2,23,58: nt. 35

2,22,55: nt. 35

De Senectute

19,66-67: nt. 71

Partitiones Oratoriae

32,110: nt. 468

Pro Domo

1,1: nt. 44

13,34: nt. 44

1,2: nt. 44

54,138: nt. 44

12,32: nt. 44

Topica

12,59: p. 205

21,82: nt. 467

Tusculanae Quaestiones

3,23: nt. 469

FESTO

s.v. Venditiones: p. 158

PLATON

Apología de Sócrates

40 c - 41 c: nt. 69

SENECA

Epistulae

65,24: nt. 70

SAN AMBROSIO

Consolatio de Obitu Valentiniani

44-45: nt. 72

De Excessu Fratris Sui Satyri

I, 70-71: nt. 72

III. FUENTES EPIGRAFICAS

C.I.L.

VI,2, n°8861: nt. 42

VI,2, n° 12133: nt. 43

Senatusconsultum de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis

27 y ss.: nt. 335

37 y ss.: nt. 337

30 y ss.: nts. 328 y 334

59 y ss.: nt. 617



BIBLIOTECA

BIBLIOGRAFIA CITADA

ALBERTARIO, E., "Subtilitas legum e moderamen naturalis iuris nel diritto dotale romano giustiniano", en Studi di diritto romano, I, Milán, 1933, p. 394 y ss.

-- "Interpolazioni in D. 20,4,9,3 (appunti sull'aestimatio dotis)", en Studi, I, pág. 405.

-- "In tema di responsabilità in contrahendo", en Studi, III, 1936, págs. 367 y ss.

ALVAREZ SUAREZ, U., "El problema de la causa en la tradición", Madrid, 1945.

-- "El Negocio jurídico en Derecho Romano", Madrid, 1954.

-- "Curso de Derecho Romano. I, Introducción, Cuestiones preliminares, Derecho Procesal Civil Romano", Madrid, 1955.

-- "Instituciones de Derecho Romano", vol. I, Introducción histórica, Conceptos fundamentales, Hechos y Negocios jurídicos, Madrid, 1973; vol. III, Personas físicas y colectivas en el Derecho Romano, Madrid, 1977.

AMIRANTE, L., "Ricerche in tema di locazione", en BIDR.,
62 (1959), págs. 9 y ss.

APPLETON, Ch., "Les risques dans la vente et les fausses
interpolations", en RH., 6(1927), pp., 195 y ss.

ARANGIO-RUIZ, V., Responsabilità Contrattuale nel diritto
Romano, Nápoles, 1958.

-- Recensión a los "Studies on the roman Law of Sale
dedicated to the memory of Francis de Zulueta",
publicada en IURA, XI (1960), p. 308 y ss.

-- "La Compravendita in Diritto Romano", 2 vols., =
Nápoles, 1961.

ARCHI, G.G., "Il Negozio sotto condizione sospensiva nel-
la compilazione di Giustiniano", en St. Betti, =
II, Milán, 1962,

-- voz "condizione" en EdD, vol. VIII, págs. 744 y s.

ARIAS BONET, J.A., "Sobre las relaciones entre permuta y
compraventa en el derecho romano", en Estudios =
de derecho público y privado ofrecidos a Ignacio
Serrano y Serrano, vol. II, Valladolid, 1965, p.
15 y ss.

ARIAS RAMOS, J., Derecho Romano, 2 vols., Madrid, 1974.

AYITER, K., "Aestimatio dotis e compravendita come concetti di interpretazione fra i giuristi classici", en Annali dell'Università di Ankara, 6 (1954-1955)

BARTOSEK, "La Spes en droit romain", en RIDA, 2 (1949), págs., 19 y ss.

BAYET, J., "Croyances et rites dans la Rome antique", París, 1971.

-- "La Religion romaine. Histoire politique et psychologique", París, 1976.

BECHMANN, "Der Kauf nach gemeinen Recht", 3 vols. Aalen, 1965 (reimpresión).

BESELER, G., "Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen", vol. II, Tubinga, 1911.

-- "Miscellanea Critica. In Diem addictio", en ZSS, 43 (1922), p. 415 y ss.

-- "Einzelne Stellen", en ZSS, 47(1927), pp. 355 y ss.

BETTI, E., "Istituzioni di Diritto Romano", vol. I, Padova, 1947; vol. II.1, Padova 1960/62.

-- "Periculum. Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano", en St. de



Francisci, I, p. 131 y ss.

BIONDI, B., "Actiones Noxales" en An. Palermo, X (1925)

-- "Il Diritto Romano Cristiano", 3 vols., Milán, 1952-1954.

-- "Contratto e Stipulatio", Milán, 1953

-- "Objeto y método de la jurisprudencia romana" en Arte y Ciencia del Derecho, (trad. esp. de LA--TORRE), Barcelona, 1953, p. 32 y ss.

-- "La vendita di cose fuori commercio", en Scritti Giuridici, III, págs. 356 y ss.

-- "Interpretatio prudentium e legislazione", en Scritti Giuridici, I, p. 323 y ss.

-- "Istituzioni di Diritto Romano", Milán, 1972.

BISCARDI, A., "Nozione classica ed origini dell'auctoramentum", en St. de Francisci, IV, p. 107 y ss.

BOBBIO, N., voz "Analogía", en NNDI, I, p. 601 y ss.

BONFANTE, P., "Corso di Diritto Romano", vols. I, (1963) y II, 1 (1966), ambos editados en Milán.

BOYANCE, P., "La symbolique funéraire des romains", en REA., 45 (1943), 291 y ss.

BOYANCE, P., "Les Endymions de Varron", en REA, 41 (1939)
p. 319 y ss.

BRUGGINI, G., "Index Interpolationum quae in Iustiniani Co
dice inesse dicuntur", Köln-Wien, 1969.

BUCKLAND, W.W., "The Main Institutions of Roman Private =
Law", Cambridge, 1931.

-- "A Text-Book of Roman Law. From Augustus to Justi
nian", Cambridge, 1963.

BURDESE, A., "Aestimatio Dotis", en Studi Betti, II, p. 165. yss

CALONGE, A., "La Compraventa Civil de Cosa Futura. (Desde
Roma a la doctrina europea actual)", Salamanca,
1963.

-- "Aestimatio Dotis", en AHDE, 35, (1965) p 5 y ss.

-- "Considerazioni a proposito di Gai III, 146", en
Bollettino Informativo dell'Istituto giuridico =
spagnuolo in Roma, 48-49 (enero-junio, 1965) p.
18 y ss.

-- "El problema de la retroactividad de la condición"
en St. Volterra, III, 143 y ss.

CANNATA, A., "Per lo studio della responsabilità per colpa
nel diritto romano classico", Milán, 1969.

CARCATERRA, A., "Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini", Nápoles, 1966

-- "In torno ai bonae fidei iudicia", Nápoles, 1964.

COLACINO, voz "Fictio iuris" en NNDI, VII, p. 269 y ss.

COSTA. E., "La locazione di cose nel diritto romano" Roma, 1966 (reimpresión).

CRIFO, G., "Note di diritto romano", Roma, 1970

DE CUPIS, A., "I diritti della personalità", Milán, 1959.

DAUBE, D., "Tenency of purchaser (Digest, 19,2,21), en CLJ. 10 (1948), p. 77 y ss.

-- "Si... tunc in D. 19,2,22,pr.. Tenency of purchaser and lex commissoria", en RIDA, 5,(1958), p.427

DECLAREUIL, J., "Roma y la organización del derecho", Méjic 1958

D'ORS, A., "In diem addictio. Contribución al estudio de la condiciones en derecho romano", en AHDE, 16 (1945)

-- "Epigrafía jurídica de la España Romana", Madrid, 1953.

-- "Derecho Privado Romano", Pamplona, 1968.

DUMEZIL, G., "La Religion romaine archaïque" Paris, 1974.

ERNOUT - MEILLET, "Dictionnaire étymologique de la langue latine", Paris, 1967.

ESCRICHE, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", vol. III, Madrid, 1847.

ESSER, J., "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado" (trad. esp. de VALENTI FIOL), Barcelona, 1961.

FERRINI, C., "De iure sepulcrorum apud romanos", en sus Opere, vol. IV, Milán, 1930, pp. 1 y ss.

-- "Manuale di Pandette" (4ª ed. al cuidado de GROSSO), Milán, 1953.

DE FRANCISCI, P., "SYNALLAGMA, teoria e dottrina dei così detti contratti innominati", 2 vols. Pavia, 1912.

-- "Primordia Civitatis", Roma, 1959.

FROMIGGINI, "La stinma nella conclusione dei contratti", Turín, 1893.

GANDOLFI, G., "Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano", Milán, 1966.

GARCIA GARRIDO, M., "Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano", en AHDE, 27-28 (1957-58),

GIOFFREDI, C., " 'Pendenza' e 'Sospensione' dalle fonti romane alla dottrina odierna", SDHI, 22, (1956), p. 113 y ss.

GLUECK, , "Commentario alle Pandette", trad. it, con comentarios, por varios autores,

GROSSO, G., "Gai III, 146 e la retroattività della condizione", en SDHI, 9 (1943), p. 290 y ss.

-- "Il sistema romano dei contratti", Turín, 1963.

-- "Problemi sistematici del diritto romano. Cose-contratti", Turín, 1974.

GUARINO, A., "Diritto Privato Romano", Nápoles, 1976.

HAYMANN, F., "Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache", Berlin, 1912.

-- "Textkritische Studien zur römischen Obligationenrecht", en ZSS., 41, (1920), pp. 44 y ss.

-- "Zur Klassizität des periculum emptoris", en ZSS, 48 (1928), pp. 314 y ss.

HERNANDEZ-TEJERO, F., "Derecho Romano", Madrid, 1959.

HEUMANN-SECKEL, "Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht", Graz, 1971.

IGLESIAS, J., "Derecho Romano", Barcelona, 1962 (Hay edición posterior, -6ª-, Barcelona, 1972).

IHERING, R. von, "L'Esprit du Droit Romain" (trad. francesa), 4 vols., París, desde 1878.

KASER, M., "Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae", en RIDA, 2 (1948), pp. 511 y ss.

-- Recensión a AMIRANTE (Ricerche in tema di locazione) en IURA, XI, (1960), pp. 229 y ss.

-- "En torno al Método de los juristas romanos" (trad. esp. de MIQUEL), Valladolid, 1964.

-- "Das Römische Privatrecht", I, München, 1971.

KONSTANTINOVITCH, "Le Periculum rei venditae en droit romain", (tesis), París, 1923.

KRUECKMANN, P., "Periculum emptoris", ZSS, 60(1940), p. 1 y ss.

LAURIA, "Matrimonio-Dote in diritto romano, Nápoles, 1952.

LEGAZ, L., "Filosofía del Derecho", Barcelona, 1961.

LENEL, O., "Palingenesia Iuris Civilis", 2 vols., Gráz, 1960.

LEVY, E., "Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht",

Weimar, 1956.

LEVY, E.- RABEL, E. , "Index Interpolationum quae in Iustiani Digestis inesse dicuntur", Vol., I, Weimar, 1929; vol. II, Weimar, 1931.

LONGO, G., "Casi d'impossibilità della prestazione nel diritto giustiniano", en Ricerche Romanistiche, Milán, 1966, pp. 202 y ss.

-- "Le res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli", en St. Bonfante, III p. 365 y ss.

-- "Comunità cristiane primitive e res religiosae"= en Ricerche Romanistiche, Milán, 1966,

LORCA NAVARRETE, J.F., "El Derecho Natural Hoy. A propósito de las ficciones jurídicas", Madrid, 1976.

MAFFEI, D., "Caso fortuito e responsabilità contrattuale = nel'età dei glossatori", Milán, 1957.

MAGDELAIN, A., "Le consensualisme dans l'édit du prêteur" París, 1958.

MARTINI, R., "Le definizioni dei giuristi romani", Milán 1966.

MASCHI, C.A., "Il Diritto Romano. I La prospettiva storica

della giurisprudenza classica", Milán, 1966.

-- "La Categoría dei Contratti Reali", Milán, 1973.

MASI, A., "Studi sulla condizione nel diritto romano", Milán, 1966.

MAYER-MALY, Th., "Locatio-Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht", Wien-München, 1956.

-- "Tipicità e Unità della locatio conductio (recensión a AMIRANTE), en LABEO, 5 (1959), p. 390 y ss.

MIGNE, J-P., "Patrologiae cursus completus ..." (Serie Latina), París, 1844 y años sucesivos.

MIQUEL, J., "Periculum Locatoris", en ZSS, 81 (1961), p. = 134 y ss.

MOMMSEN, Th., "Senatusconsultum de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis factum a.p.C. 176/7", en Observationes epigraphicae, n. XLI-XLIII, en Eph. Epigr. (Heft 3, 1890), p. 388, 428. (Ahora en Gesammelte Schriften, VIII, Epigraphische und numismatische Schriften).

MURGA, J.L., "Nulidad o ilicitud en la enajenación de las res sacrae", en AHDE, 41 (1971), p. 555 y ss.

-- "Una acción de Ulpiano para prestaciones imposibles" en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro, Valencia, 1974, vol. II, pp. 117 y ss.

ORESTANO, R., "Ius singulare e Privilegium" en Annali del
la R. Università di Macerata, XI (1937), p. 48
y ss.

-- "Obligaciones e dialettica" en Mélanges Henri Levy-
Brühl, Paris, 1959, p, 445 y ss.

OSUCHOWSKI, W., "Notes critiques sur l'interprétation du
D. 19,3,1,1" en Atti Verona, III, p. 367 y ss.

OSTIENSE, "Summa Aurea", Lugduni, 1568.

OURLIAC- DE MALAFOSSE, "Derecho Romano y Francés Histórico"
Vol. I, Las Obligaciones, Barcelona, 1960; vol. II,
Los Lienes, Barcelona, 1963.

PASTORI, F., "Superficie e negozio costitutivo" en St. Bet-
ti, II, p. 383 y ss.

PEREZ DE AYALA, J.L., "Las ficciones jurídicas en derecho =
tributario", Madrid, 1970.

PEROZZI, S., Istituzioni di diritto romano", I, Roma, 1925.

POSTE, E.G., "Gai Institutiones or Institutes of Roman Law
by Gaius", Oxford, 1925.

PRICHARD, A.M., "Sale and Hire", en los Studies on the ro-

man law of sale dedicated to the memory of Francis de Zulueta, Oxford, 1959, p. 1 y ss.

PUGLIATTI, S., Voz "finzione" en EdD, Vol. XVII (p. 658 y ss.).

PUGLIESE, B., "Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità", en St. Albertario, I, p 234 y s.

-- "Sentenza di rivendicazione e acquisto della proprietà in diritto romano", RIDA, (1959), pp. 347 y

RABEL, E., "Gefährtragung beim Kauf", ZSS, 42 (1921), pp.54

REGGI, R., "Liber homo bona fide serviens", Milán, 1958

RIPCSATI, B., "Studi sui topica di Cicerone", Milán, 1947.

ROBLEDA, O., "Ius Privatum Romanum, I, Introductio, " Roma, 1960

ROSA DIAZ, P., "La Permuta (Desde Roma al derecho español actual)", Madrid, 1976.

SARGENTI, M., "Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita", en St. Arangio-Ruiz, II, p. 233 y ss.

SAVIGNY, F.C., "Sistema del Derecho Romano Actual", Trad. esp. de MESIA y POLEY, Madrid, s.a.

SCHERILLO, G., "Lezioni di Diritto Romano. Le Cose", Milán, 1945.

SCHULZ, F., "I Principii del Diritto Romano", Trad. Ital. de ARANGIO-RUIZ), Florencia, s.a.

SCIALOJA; V., "Teoria della Proprietà nel Diritto Romano", vol. I, Roma, 1928.

SECKEL- LEVY, "Die Gefährtragung beim Kauf im klassischem römischen Recht", en ZSS, 47 (1927), pp. 117 y ss.

SENN, F., "La Notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit", en RE, 34, (1956), p. 163 y ss.

SERAFINI, F., "Instituciones de Derecho Romano", trad. esp. de TRIAS, Barcelona, s.a., 2 vols.

SOLAZZI, S., "Due Note alle Istituzioni di Gaio", en Atti Verona, III, p. 305 y ss.

-- "Saggi di critica romanistica. III: un tipo nuovo di condicio in Gai III,146", en BIDR., 49-50 (1947-1948), pp. 350 y ss.

STEIN, P., "Some reflexions on jus sepulchri", en St. EIONDI, II, p. lll y ss.

STEINWENTER, s.v. Instrumentum, en PW., IX-2, col 1567.

STEINWENTER, A., "Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie, I", en St. Albertario, II, p. 103 y ss.

THOMAS, J.A.C., "Tenency by Purchaser", en IURA; 10 (1959), p.103 y ss.

-- "Gaius and the gladiators", en Estudios de Derecho Romano (Homenaje al Profesor Don Carlos Sánchez del Río y Peguero), Zaragoza, 1967, págs., 151 y ss.

TURCAN, R., "Origines et sens de l'inhumation à l'époque impériale", en REA, 60 (1958), p. 323 y ss.

VASSALLI, F., "Dies vel condicio", en EIDR., 27 (1915), p.192

VEHWEG, Th., "Tópica y Jurisprudencia", trad. esp. de DIEZ PICAZO, Madrid, 1964.

DE VISSCHER, F., "Le Régime romain de la noxalité", Bruselas, 1947.

-- "Locus Religiosus", en Atti Verona, III, p. 107 y ss

-- "Le Droit des tombeaux romains", Milán, 1963.

VOCI, P., "L'errore nel diritto romano", Milán, 1937.

-- "Diritto Ereditario Romano", vol I, Milán, 1967.

VOLTERRA, E., "In tema di aestimatio dotis", en RIL., 66 (1933), p. 1014 y ss.

-- "Istituzioni di Diritto Romano", Roma, 1961.

WINDSCHEID, B., "Diritto delle Pandette", trad. Ital. de FADDA y BENSA, vol I, 1, Turín, 1902.

WOLFF, "Zur Stellung der Frau im klassischem römischen Dotalrecht", en ZSS, 54 (1934), pp. 315 y ss.

De ZULUETA, "The Institutes of Gaius": vol. I, Text with critical notes and translation, Oxford, 1946; vol. II, Commentary, Oxford, 1953.

EDICIONES CRITICAS DE LAS
INSTITUCIONES DE GAYO

BAVIERA, en "Fontes Iuris Romani Anteiustiniani", Pars Altera, Florencia, 1968.

DAVID, Gai Institutiones, Leiden, 1948.

D'ORS, Gayo, Institutiones, Madrid, 1943.

GIRARD, Textes de Droit Romain, París, 1923 (5ª ed.).

GIRARD - SENN, Textes de Droit Romain, I, París, 1967 (edición a cargo de "un grupo de romanistas").

KNIEP, Gai Institutionum Commentarius Tertius, Jena, 1917.

KRUEGER - STULEMUND, Gai Institutiones, Berlín, 1900.

POSTE, Gai Institutiones, or Institutes of Roman Law by Gaius, Oxford, 1925.

REINACH, Gaius, Institutes, París, 1965.

SECKEL - KUEBLER, Gaius. Institutionum Commentarii. Lipsiae, s.a.

DE ZULUETA, The Institutes of Gaius, vol I., Oxford, 1946.
